



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

TESE DE MESTRADO EM DIREITO GERAL

O ABUSO SEXUAL ENTRE MENORES

Uma abordagem entre o Direito e a Psicologia

SANDRA RIBEIRO

2014

O ABUSO SEXUAL ENTRE MENORES

Uma abordagem entre o Direito e a Psicologia

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

FACULDADE DE DIREITO

O ABUSO SEXUAL ENTRE MENORES

Uma abordagem entre o Direito e a Psicologia

POR

SANDRA RIBEIRO

Dissertação de Mestrado

Em Direito Geral

Orientadora: Prof.^a Doutora Maria da Conceição Ferreira da Cunha

PORTO

2014

Aos meus pais e avós
Que apesar de não compreenderem
as minhas escolhas, sempre me apoiaram.

“ O menor violentado na sua sexualidade deixa de poder ser sujeito do seu próprio destino, da sua própria história sonhada, projetada ou construída. A história que lhe vão impor ultrapassa-o em velocidade e substância, deixa de ser “sua” para passar a ser aquela que não lhe ensinaram, para a qual não pediram sequer um assentimento seu que fosse. De si, apenas um murmúrio surdo, um grito abafado na calada do quarto dos fundos, no canto recôndito da garagem mal iluminada, um “não” ouvido nas paredes da sua alma que não tinha voz suficiente para soar. De si, apenas uma imagem de um corpo usado como vazadouro de néctares infelizes, numa toada de lamento e dor, tantas vezes silenciada em nome de um amor maior...”

Paulo Guerra ¹

¹ Paulo Guerra, in O Abuso Sexual de Menores, Uma conversa sobre a justiça entre o direito e a psicologia, Almedina, 2002, p.

ÍNDICE

Lista de abreviaturas	7
Introdução	9

CAPÍTULO I

Evolução Histórica dos crimes sexuais no Código Penal Português	11
---	----

CAPÍTULO II

Os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual das crianças	15
Titulo I – A distinção entre os crimes contra a liberdade sexual e os crimes contra a autodeterminação sexual e o bem jurídico protegido	16
Titulo II – O crime de Coação Sexual	18
Titulo III – O crime de Violação	23
Titulo IV – O crime de Abuso sexual de menores	25

CAPÍTULO III

A Lei Tutelar Educativa e o Importante Papel na nossa Sociedade	28
Titulo I – A Lei Tutelar Educativa	29

Titulo II – As Medidas Tutelares Educativas	32
---	----

CAPÍTULO IV

Análise Crítica de Casos	35
--------------------------------	----

Titulo I – O que diferencia um comportamento sexual normal entre crianças e um comportamento abusivo?.....	36
--	----

Titulo I.I – Caso I	40
---------------------------	----

Titulo I.II – Caso II	47
-----------------------------	----

Titulo I.III – Caso III	53
-------------------------------	----

CAPÍTULO V

O Problema do Processo Judicial	58
---------------------------------------	----

Titulo I – A Denúncia e o Silêncio	59
--	----

Titulo II – Impacto que o Processo Judicial pode ter na criança	61
---	----

Titulo III - A Prova Testemunhal	63
--	----

CAPÍTULO VI

A Intervenção Psicológica na vítima e no agressor	67
---	----

Conclusão	72
-----------------	----

Fonte e Bibliografia.....	74
---------------------------	----

Anexos	84
--------------	----

LISTA DE ABREVIATURAS

Al. – Alínea

Art. – Artigo

Cap. – Capítulo

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

Coord. – Coordenador/(a)

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

Ed. – Edição

EUA – Estados Unidos da América

LTE – Lei Tutelar Educativa

MP – Ministério Público

Nº - Número

Ob. Cit. – Obra Citada

P. – Página

P.P. – Previsto e Punido

R.P.C.C. – Revista Portuguesa de Ciência Criminal

SAP – Síndrome de Alienação Parental

Ss – Seguintes

TC – Tribunal Constitucional

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UCP – Universidade Católica Portuguesa

UE – União Europeia

Un. – Universidade

Vd. – Vide

Vol. – Volume

INTRODUÇÃO

O abuso sexual de menores é um tema que, começou a ser alvo de preocupação pública, sendo por isso objeto de vários estudos.

No entanto, fazendo uma pesquisa a este tema, concluímos que apesar do abuso sexual de menores ser um tema bastante desenvolvido, poucos são os estudos sobre as situações em que o agente do crime é menor.

Pretendemos, assim, fazer uma abordagem entre o direito e a psicologia focando-nos essencialmente na questão da distinção entre o que é considerado um comportamento sexual normal entre crianças e o que é considerado um comportamento abusivo.

Há uma linha ténue que distingue o que é considerado apenas uma exploração sexual saudável entre crianças e o que é considerado um comportamento abusivo e manipulador de uma criança sobre outra.

Ao longo desta tese, iremos analisar os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, nomeadamente o crime de coação sexual (art.163º CP), o crime de violação (art. 164º CP) e o crime de abuso sexual de crianças (art. 171º CP), isto porque são crimes em que o tipo legal, mais facilmente, poderá ser preenchido quando é cometido por menores, sendo os outros crimes mais difíceis ou impossíveis de serem preenchidos por menores como agentes do crime.

Iremos, também, proceder à análise de acórdãos sobre crimes sexuais entre menores, tentando, assim, distinguir um comportamento abusivo de um comportamento sexual normal e averiguar que medidas adoptar em relação a estes menores agentes de crimes. Para isso iremos ter em conta alguns elementos essenciais como a idade da vítima e do agente do crime, a paridade ou subordinação na relação, a maturidade, a capacidade cognitiva-afetiva e a capacidade de manipulação.

E, por fim, analisar o impacto que o processo judicial pode ter na vítima devido à quebra do silêncio e iniciativa de denúncia, assim como o valor fundamental que a prova testemunhal tem nestes casos procedendo a uma abordagem psicológica do processo na vítima e no agressor.

CAPÍTULO I

EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS CRIMES SEXUAIS NO CÓDIGO PENAL PORTUGUÊS

Os crimes sexuais foram alvo de uma evolução positiva ao longo dos tempos, senão vejamos:

Nos Códigos Penais de 1852 e de 1886, os crimes sexuais eram designados “Dos crimes contra a honestidade”. Assim, os crimes sexuais não eram considerados como crimes contra as pessoas mas sim contra a sociedade, sendo que o bem jurídico protegido era a moral social.

O Projeto do Código de 1982 foi elaborado na década de 60, e evidência alterações significativas em termos de hábitos sexuais. A sociedade começou a ver o abuso sexual como um problema de interesse público.

Este Código revelou alterações significativas, sendo as mais relevantes o facto de qualquer pessoa poder ser sujeito ativo e passivo do crime de estupro e o facto de que já não se exige a prova de virgindade do sujeito passivo. No entanto, o bem jurídico protegido ainda continuava a ser a moral social sexual. Por isso os crimes sexuais encontravam-se inseridos no cap. “Dos crimes contra os fundamentos ético-sociais da vida social” no título “Dos crimes contra os valores e interesses da vida em sociedade”². Surgiu um novo tipo legal de crime, o crime de “Atos homossexuais com Adolescentes”.

O CP foi alvo de uma importante revisão em 1995. Há quem entenda que esta revisão foi impulsionada pela descoberta de inúmeros acontecimentos relacionados com crimes sexuais contra menores³. Isto levou a que a sociedade percebesse que era necessário modificar o CP, nomeadamente quanto aos crimes sexuais. Foi introduzido um novo tipo

² Conceição Cunha, “Breve reflexão acerca do tratamento jurídico-penal do incesto”, in *RPCC*, ano 12, nº 3, 2002, p. 351.

³ Luís Augusto Rodrigues de Carvalho, *Abuso sexual de menores, distrito de Bragança, Estudo Médico-legal*, Tese de Mestrado em Medicina-legal, Instituto de Ciências Biomédicas Abel Salazar, Un. Porto, 2002, in http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/9812/5/4520_TM_01_P.pdf, p. 27.

legal de crime, o crime de abuso sexual de crianças, onde se inclui o coito oral e anal, no entanto apenas o coito anal foi equiparado ao coito vaginal⁴.

Deixou-se de lado a punição estritamente por razões de ordem moral, passando de crimes contra a sociedade ou do Estado para crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual individual. Sedimentou-se a ideia de que não deve constituir crime a prática de ato sexual em privado por adultos que nela consentem⁵. Os crimes sexuais passaram então de designados “Dos crimes contra valores e interesses da vida em sociedade” para passarem a ser designados por “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”, que se encontram no título “Crimes contra as pessoas”. O bem jurídico protegido deixou de ser a moral social sexual para passar a ser a liberdade e autodeterminação sexual.

Em 1998, relativamente ao crime de abuso sexual de menores, foi equiparado o coito oral ao coito vaginal e anal⁶, introduziu-se um novo tipo legal de crime, o assédio sexual e a proibição de qualquer tipo de atuação sobre menor por pornografia⁷.

Na revisão de 2007 foi eliminado pelo TC o crime de “Atos Homossexuais com adolescentes” pois comprometia o princípio da igualdade consagrado no art.13º da CRP, exigindo-se, antes, o abuso de inexperiência da vítima com mais de 14 anos e menor de 16, podendo os atos sexuais de relevo ser homossexuais ou heterossexuais.

Passou a ser considerado crime a importunação sexual. Alargou-se a tutela típica do crime de assédio sexual. Equiparou-se a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos à cópula vaginal e coito oral e anal⁸.

⁴ Clara Sottomayor, “Direito das crianças vítimas de crimes violentos”, in *Intervenção psicológica e social com as vítimas*, Vol. I – Crianças, Coord. Sofia Neves, Almedina, 2012, p. 20.

⁵ Figueiredo Dias, in *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, Tomo II, Coimbra Editora, p. 710 ss.

⁶ Vd. Clara Sottomayor, *Ob. Cit.*, p. 20.

⁷ Vd. Figueiredo Dias, *Ob. Cit.*, p. 700 ss.

⁸ IDEM, *Ibidem*, p. 747.

De acordo com o nosso sistema penal, os factos tipificados como crime pela nossa lei penal, quando praticados por menores entre os 12 e os 16 anos, não dão lugar à aplicação de medidas de natureza criminal, mas sim de medidas tutelares educativas (art. 1º da LTE). Assim, só é responsabilizado penalmente o menor com mais de 16 anos (art. 19º do CP). Isto porque o art. 69º da CRP, refere que Estado tem o direito e o dever de intervir para proteger o desenvolvimento integral dos menores. Se um menor comete um crime contra a autodeterminação sexual de outro menor, necessita de ser educado para o direito de forma a corrigir a sua personalidade.

Podemos dizer que a nossa sociedade evoluiu ao longo destes anos, o que se refletiu no nosso código penal que acompanhou estas evoluções, dando agora uma maior importância aos crimes sexuais que passaram de crimes contra a sociedade e a ordem moral para verdadeiros crimes contra as pessoas.

CAPÍTULO II

OS CRIMES CONTRA A LIBERDADE E AUTODETERMINAÇÃO SEXUAL DAS CRIANÇAS

TÍTULO I

A distinção entre os crimes contra a liberdade sexual e os crimes contra a autodeterminação sexual e o bem jurídico protegido

Os crimes sexuais estão consagrados no nosso CP, no Cap. V, com o título “Dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual”.

Este cap. está dividido em duas secções. Na secção I, trata os crimes contra a liberdade sexual e, na secção II, trata os crimes contra a autodeterminação sexual.

Os crimes contra a liberdade sexual consagrados na secção I têm como bem jurídico a proteção da liberdade e autodeterminação sexual de todas as pessoas, sem aceção de idade, enquanto os crimes contra a autodeterminação sexual, consagrados na secção II, têm como bem jurídico a proteção da autodeterminação sexual dos menores, que, segundo Figueiredo Dias, está ligada ao livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual⁹.

Assim, na secção I os crimes podem ser cometidos tanto contra adultos como contra crianças, enquanto a secção II é exclusivamente para crimes cometidos contra menores.

Há uma criminalização alargada a casos que não seriam crimes caso fossem praticados entre adultos, ou teriam menor gravidade. Isto porque a criança não terá ainda capacidade para formar livremente a sua vontade e/ou compreender o significado do seu

⁹ IDEM, *Ibidem*, p. 834.

comportamento¹⁰. A ideia é a de reforçar a tutela das pessoas particularmente vulneráveis e indefesas.

Ao longo desta tese, iremos proceder à análise de crimes inseridos tanto na secção I como na secção II, analisando os casos em que esses crimes são cometidos.

Na secção I iremos analisar os crimes de Coação Sexual do art. 163º do CP, e de Violação do art. 164º do CP. E, na secção II, analisaremos apenas o crime de Abuso Sexual de Menores do art. 171º do CP.

Vamos incidir apenas sobre três tipos legais de crimes, porque os restantes crimes sexuais presentes no nosso CP são mais dificilmente de ser cometidos por menores.

¹⁰ Conceição Cunha, “Crimes sexuais contra jovens e crianças” in *Cuidar da Justiça de Crianças E Jovens, A função dos Juízes Socaís, Atas do Encontro*, Almedina, p. 195.

TÍTULO II

Coação Sexual

O crime de coação sexual (art. 163º do CP) é o crime base, sendo o crime de violação uma coação especial ou mais grave. São crimes que constituem o “núcleo da proteção da liberdade sexual”¹¹.

No crime de coação sexual, o bem jurídico protegido é a liberdade sexual da pessoa.

Relativamente à vítima não há aqui aceção de idade, podendo o crime ser cometido tanto contra adultos como menores, nem aceção de sexo, podendo ser do sexo feminino ou masculino. A coação pode ser praticada por uma pessoa e o ato sexual de relevo por outra, sendo irrelevante a experiência sexual da vítima.

Um dos pressupostos do crime de coação sexual é que tenha sido praticado um ato sexual de relevo. Definir ato sexual de relevo tem o seu grau de complexidade pelas suas inúmeras interpretações¹².

Segundo Figueiredo Dias¹³ existem três posições quanto à definição de ato sexual de relevo. A interpretação objetivista, seguida por Paulo Pinto de Albuquerque, que refere

¹¹ IDEM, *Ibidem*, p. 196.

¹² Acórdão do TRC, de 2/2/2011, com o Juiz Relator Belmiro Andrade, “É de excluir do ato sexual de relevo não apenas os atos insignificantes ou bagatelares, mas também aqueles que não representem entraves com importância para a liberdade de determinação sexual da vítima, atos que, embora pesados ou em si significantes por impróprios, desonestos, de mau gosto ou despudorados, todavia, pela sua pequena quantidade, ocasionalmente ou instantaneamente, não entrem de forma importante a livre determinação sexual da vítima”.

que, tendo em atenção a sua manifestação externa, o ato revela uma conexão com a sexualidade¹⁴. A interpretação subjetivista, segundo a qual o agente, para além de praticar um ato que revela uma conexão sexual, tem também uma intenção libidinosa¹⁵. E uma outra conceção que abrange as anteriores. Figueiredo Dias considera que deve-se dar prevalência à interpretação objetivista, uma vez que deve ser considerado irrelevante o motivo de atuação do agente do crime¹⁶.

Para Conceição Cunha, ato sexual de relevo será “todo aquele que pela sua natureza, conteúdo ou significado se relacionar com a esfera sexual, constituindo um “entrave” à liberdade sexual da vítima”¹⁷. Para esta autora, não é necessária a intenção libidinosa do agente, nem que a vítima compreenda o significado sexual do ato.

Na opinião de Oliveira Leal-Henriques e Carrilho de Simas, “(...) não é qualquer ato de natureza, conteúdo ou significado sexual que serve ao espírito do artigo, mas apenas aqueles atos que constituam uma ofensa séria e grave à intimidade e liberdade sexual do sujeito passivo e invadam, de uma maneira objetivamente significativa, aquilo que constitui reserva pessoal, o património íntimo, que no domínio da sexualidade, é apanágio de todo o ser humano”¹⁸.

Trata-se de um crime de execução vinculada, uma vez que é um crime que exige a verificação de pressupostos específicos que se traduzem em meios de constrangimento¹⁹. O

¹³ Figueiredo Dias, *Ob. Cit.*, p. 718 e 719.

¹⁴ Acórdão do TRG, de 28/9/2009, com o Juiz Relator Anselmo Lopes, “O “ato sexual de relevo” é aquele que, não sendo de cópula ou de coito anal, está relacionado com o sexo e objetivamente ocasiona mais perturbação do que o “ato exibicionista”, a “conversa obscena”, ou o esporádico e fugido “apalpão””.

¹⁵ Acórdão do TRG, de 2/2/2009, com o Juiz Relator Teresa Baltazar, “O ato sexual de relevo, é, assim, todo o comportamento destinado à libertação e satisfação dos impulsos sexuais (...)”.

¹⁶ Figueiredo Dias, *Ob. Cit.*, p. 718 e 719.

¹⁷ Conceição Cunha, in “Crimes sexuais contra crianças e jovens”, *Ob. Cit.*, pág. 197 e 198.

¹⁸ Manuel de Oliveira Leal-Henriques e Manuel José Carrilho de Simas, in *Código Penal Anotado*, II Vol., p. 368.

¹⁹ Paulo Pinto de Albuquerque, in *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, UCP, 2008, p. 441 a 448.

ato de constranger traduz-se num ato de coação dirigido à prática, ativa ou passiva, de um ato sexual de relevo²⁰. Os meios de constrangimento são a violência, a ameaça grave, a colocação em estado de inconsciência ou na impossibilidade de resistir, abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho.

Começando por analisar o conceito de violência, é um tema de abordagem delicada. Para Clara Sottomayor²¹, o conceito de violência abrange tanto a violência física como a violência psíquica, bastando a falta de consentimento da vítima para haver violência²².

Pelo contrário, o acórdão do TRP, de 13/4/2011, defende que “a falta de consentimento não é suficiente para estarmos perante uma violação, (...) exigindo-se que a vítima se oponha ao violador pela força física, para que tenha que haver um “debate” ou uma “luta” entre ambos”²³.

Indo ao encontro da opinião de Conceição Cunha²⁴, não consideramos necessário que haja uma resistência efetiva da vítima para o tipo legal se encontrar preenchido²⁵. Aliás, muitas das vezes a resistência só piora a situação da vítima, podendo ser agredida pelo agente, tornando o ato ainda mais violento.

²⁰ Figueiredo dias, *Ob. Cit.*, p. 724.

²¹ Clara Sottomayor considera que “A verificação de violência física adicional ao ato sexual imposto deve funcionar como uma circunstância agravante, na determinação da pena, mas não como um elemento necessário para o preenchimento do tipo”, e defende que “A existência de violência ou ameaça grave passariam, então, de meios típicos de constrangimento ou de elementos do tipo legal de crime para circunstâncias agravantes da pena”, vd. Clara Sottomayor, “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista a propósito do acórdão do TRP de 13/4/2011”, in *Revista do MP*, Outubro – Dezembro 2011, I28, p. 284

²² IDEM, *Ibidem*, p. 297, 298 e 309.

²³ IDEM, *Ibidem*, p. 293 e 294.

²⁴ Conceição Cunha, in “Crimes sexuais contra crianças e jovens”, *Ob. Cit.*, p. 199.

²⁵ Conceição Cunha defende que o “tipo legal de crime de violação não exige que a vítima se debata, lute com o agressor; exige, sim, que o agressor use de violência, o que são aspectos distintos”. Conceição Cunha, “Conceito de violência no crime de violação, acórdão do TRP de 13/4/2011”, *RPCC*, Ano 21, nº 3, Julho-Setembro de 2011, p. 475.

Oliveira Leal-Henriques e Carrilho de Simas consideram que continua a haver violência quando a vítima, por cansaço ou medo, acaba por ceder ao agressor²⁶.

Quanto ao conceito de ameaça grave²⁷, a gravidade deverá aferir-se segundo o conteúdo da ameaça, à gravidade, sua medida e intensidade. A ameaça tanto pode ser contra a vida ou integridade física como contra a honra e dignidade da vítima. Podendo ser dirigida tanto à vítima como a um terceiro, desde que tenha uma relação de proximidade com a vítima²⁸.

O estado de inconsciência ou a impossibilidade de resistir deve ser provocado pelo agente do crime para a prática de ato sexual de relevo, que pode consistir na ministração de substâncias psicotrópicas, estupefacientes, bebidas alcoólicas, ou recurso a hipnose²⁹.

Quanto ao meio de constrangimento abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho não iremos analisar, visto que tratamos de crimes sexuais em que o agente do crime é menor e, portanto, dificilmente preencheriam este meio de constrangimento, contudo, está previsto no nº 2 do art. 163º do CP.

O art. 177º do CP prevê agravações de penas nos seus limites mínimos e máximos. Agravações, estas, que podem consistir em uma agravação de um terço nos seus limites caso a vítima seja da família do agressor ou se encontrar num qualquer tipo de dependência em relação ao agressor (nº 1), uma agravação de um terço nos seus limites caso o agente seja portador de uma doença sexualmente transmissível (nº 3), uma agravação de metade dos seus limites se resultar para a vítima gravidez, ofensa à integridade física grave, transmissão de agente patogénico que crie perigo para a vida, suicídio ou morte (nº 4) e uma agravação de um terço nos limites mínimos e máximos da pena quando praticado

²⁶ Manuel de Oliveira Leal-Henriques e Manuel José Carrilho de Simas, *Ob. Cit.*, p. 370.

²⁷ Para uma crítica ao conceito de ameaça grave, vd. Clara Sottomayor, “O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista a propósito do acórdão do TRP de 13/4/2011”, *Ob. Cit.*, p. 275.

²⁸ Figueiredo dias, *Ob. Cit.*, p. 728.

²⁹ Manuel de Oliveira Leal-Henriques e Manuel José Carrilho de Simas, *Ob. Cit.*, p. 382.

contra menores de 16 anos (nº 5) e uma agravação de metade nos limites de pena quando praticado contra menores de 14 anos (nº 6). Todavia, quando há o preenchimento de mais do que uma agravação prevista neste artigo, não há cumulação, mas é aplicável a que tiver um efeito agravante mais forte, sendo as outras apenas valoradas na medida da pena (art. 177º, nº 7 do CP).

Como estamos a tratar de crimes cometidos contra menores, a agravação que está em causa é em razão da idade art. 177º, nºs 5 e 6 do CP.

TÍTULO III

Violação

O crime de violação está p. p. no art. 164º do CP, e o bem jurídico protegido continua a ser a liberdade sexual.

Este crime tem por base o crime de coação sexual, no entanto é um crime mais grave, pois trata-se da prática de atos sexuais especialmente graves.

Tal como no crime de coação sexual, não há aceção de idade da vítima, podendo o crime ser cometido tanto contra adultos como menores, nem aceção de sexo, podendo a vítima ser do sexo feminino ou masculino³⁰.

Fazendo remissão para o que foi referido sobre o crime de coação sexual, estamos perante um crime de execução vinculada pois pressupõe a verificação de pressupostos específicos, nomeadamente, meios de constrangimento³¹. Os meios de constrangimento são os mesmos que se verificam no crime de coação sexual, e portanto não iremos proceder à sua análise.

Neste crime, o objetivo ilícito, é o que se pode considerar de atos sexuais de relevo mais graves. O comportamento consiste em o agente constranger a vítima a sofrer ou praticar consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral (art. 164º, nº 1, al. a) do CP), ou a sofrer a introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos (art. 164º, nº 1,

³⁰ Pinto de Albuquerque, *Ob. Cit.*, p. 448 a 452.

³¹ IDEM, *Ibidem*, p. 441 a 448.

al. b) do CP), por meio de violência, ameaça grave, ou para esse fim a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir³².

Analisando os atos típicos, a cópula consiste na penetração do pênis ereto na vagina, o coito oral consiste na penetração da boca pelo pênis e o coito anal, na penetração do pênis ereto no ânus³³. Quanto à introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos consiste na penetração da vagina ou do ânus com qualquer parte do corpo e qualquer objeto podendo possuir ou não conotação sexual³⁴.

Relativamente ao nº 2 do art. 164º do CP, tipifica meios de constrangimento por abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica ou de trabalho, no entanto não iremos proceder à sua análise, visto que estarmos a abordar crimes sexuais em que o agente do crime é menor, que dificilmente preencheria estes meios de constrangimento.

É de referir que este crime também está sujeito à agravação prevista no art. 177º, nº 5 e 6 do CP.

³² Figueiredo dias, *Ob. Cit.*, p. 748.

³³ Figueiredo Dias, *Ob. Cit.*, p. 749 e 750.

³⁴ IDEM, *Ibidem*, p. 750.

TÍTULO IV

Abuso Sexual de Crianças

A definição de abuso sexual não é um tema pacífico, pelo que existem inúmeros conceitos para o definir. Este crime está previsto no art.171º do CP.

O abuso sexual é o contacto sexual de uma criança com um adulto ou com uma criança mais velha, que tem, em regra, pelo menos uma diferença de cinco anos e uma diferença significativa no desenvolvimento cognitivo-afetivo.

Para Teresa Magalhães, o abuso sexual de crianças traduz-se no “envolvimento do menor em práticas que visam a gratificação e satisfação do adulto ou jovem mais velho, numa posição de poder ou autoridade sobre aquele. Trata-se de práticas que o menor, dado o seu estágio de desenvolvimento, não consegue compreender e para as quais não está preparado, às quais é incapaz de dar o seu consentimento informado e que violam a lei, os tabus sociais e as normas familiares”³⁵.

Segundo Clara Sottomayor, o abuso sexual é um crime “recente na ordem jurídica portuguesa, fenómeno que se explica pelo silêncio coletivo de sociedades patriarcais, que valorizam pouco as crianças e que encobrem o fenómeno, quer ao nível da população em geral, quer ao nível das elites políticas e culturais”³⁶.

³⁵ Teresa Magalhães citada por Catarina Ribeiro, in *A criança na Justiça, Trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*, Almedina, p. 52.

³⁶ Clara Sottomayor, in “Direitos das crianças vítimas de crimes violentos”, *Ob. Cit.*, p. 19.

O bem jurídico protegido neste tipo de crime é a autodeterminação sexual, associada ao livre desenvolvimento da personalidade do menor na esfera sexual³⁷.

Nos crimes da seção II, do capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, o legislador considerou o critério da idade. São “condutas livres de coação, mas que, atendendo à vulnerabilidade e dependência da vítima e, ainda, à falta de capacidade para formar livre e conscientemente a sua vontade, são susceptíveis de causar graves danos no desenvolvimento da personalidade”³⁸. Assim, o legislador considera que qualquer conduta sexual com menor de 14 anos prejudica gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade, pois abaixo dessa idade o menor não tem capacidade nem determinação para, de forma livre, consciente e esclarecida se decidir em termos de relacionamento sexual e, portanto, o consentimento do menor não tem qualquer relevância³⁹.

Como referimos anteriormente, o abuso sexual pode ser perpetrado tanto por um adulto como por um menor. A doutrina considera uma série de fatores que indiciam se existe um abuso sexual entre menores ou simplesmente um relacionamento sexual normal. Fatores esses que, analisaremos no próximo capítulo.

É importante referir que é indiferente se a vítima é ou não sexualmente ativa, ou se tem um papel ativo ou passivo no ato sexual.

Diferentemente dos crimes de coação sexual e de violação, neste crime não são empregues quaisquer meios de constrangimento, pois a pouca idade da vítima é equiparada ao uso de meios de constrangimento. No entanto, caso se verifique alguns dos meios de constrangimento previstos no art. 163º e 164º do CP, já não estamos perante um abuso sexual de crianças (art. 171º do CP), mas sim perante um crime de coação sexual ou violação.

³⁷ Figueiredo Dias, *Ob. Cit.*, p. 834.

³⁸ Conceição Cunha, in “Crimes sexuais contra jovens e crianças”, *Ob. Cit.*, p. 203.

³⁹ Vd. Maria do Carmo Dias, in “Notas substantivas sobre crimes sexuais com vítimas menores de idade”, *Revista CEJ*, 1º Semestre 2011, nº 15, p. 211 e 212.

O Abuso sexual de crianças tem quatro modalidades de ação que estão dispersas ao longo dos vários números do art. 171º do CP.

Para Pinto Albuquerque, o tipo objetivo consiste na prática consensual de ato sexual de relevo com criança, importunação sexual de criança ou atuação sexual sobre criança por meios pornográficos⁴⁰.

Assim, no nº 1 do presente artigo, a modalidade de ação consiste na prática de ato sexual de relevo com ou em menor de 14 anos, ou o levar a praticá-lo com outra pessoa. No nº 2 do mesmo artigo, a modalidade de ação consiste numa agravação do ato sexual de relevo, consistindo este na cópula, coito anal ou oral, ou introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos. No nº 3, al. a) deste artigo, a modalidade de ação consiste na importunação sexual de menor de 14 anos praticando o ato previsto no art. 170º do CP. Existe a necessidade de incluir no art. 171º do CP uma referência aos atos cometidos no art. 170º do CP, pois há uma agravação da pena por estarem em causa crianças menores de 14 anos, visando-se proteger o menor de qualquer dano o prejuízo para o seu desenvolvimento. E, finalmente, a modalidade de ação prevista no nº 3, al. b) do art. 171º do CP consiste na atuação sobre menor de 14 anos por meio de conversa, escrito, espetáculo ou objeto pornográfico⁴¹⁴².

O art. 171º do CP prevê uma qualificação do crime no seu nº 4, quando a prática dos atos descritos nos números anteriores tiver uma intenção lucrativa.

O crime de abuso sexual de crianças também está sujeito às agravações previstas no art. 177º do CP, contudo já não se aplicam as agravantes em razão da idade.

⁴⁰ Pinto de Albuquerque, *Ob. Cit.*, p. 472 a 477.

⁴¹ Figueiredo Dias, *Ob. Cit.*, p. 836 e 837.

⁴² “O conceito de “pornográfico” tem a ver com a representação ou apresentação, através dos meios descritos no tipo de tema sobre uma pessoa envolvida em comportamento sexualmente explícito, real ou simulado ou de imagem de órgãos sexuais de pessoas, para fins predominantemente sexuais”, Maria do Carmo Dias, in *Notas substantivas sobre os crimes sexuais com vítimas menores de idade*, *Ob. Cit.*, p. 232.

CAPÍTULO III

A LEI TUTELAR EDUCATIVA E O IMPORTANTE PAPEL NA NOSSA SOCIEDADE

TÍTULO I

A Lei Tutelar Educativa

De acordo com o art. 69º da CRP, o Estado tem o direito e o dever de intervir para proteger o desenvolvimento integral dos menores. Mas essa intervenção é limitada apenas aos casos em que o menor pratica um ilícito criminal demonstrando ser necessária a sua educação para o Direito de forma a inseri-lo na sociedade, compreendendo os seus valores essenciais⁴³. A intervenção deve ter sempre como base os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade (art. 18º da CRP).

A LTE aplica-se a menores entre os 12 e os 16 anos, que praticarem um facto que é qualificado pela lei como crime, sendo-lhes aplicável uma medida, quando for necessária para a educação do jovem para o Direito (art.1º da LTE). Estas medidas têm a finalidade de proteger e educar o menor agente de crime, inserindo-o na vida em comunidade art. 2º da LTE⁴⁴.

Assim, o art. 1º da LTE, que trata do âmbito da lei, refere os três pressupostos para que a LTE seja aplicada. Em primeiro lugar, o menor deverá ter cometido um facto tipificado como crime pela lei penal. Em segundo lugar, deve haver necessidade de

⁴³ Anabela Miranda Rodrigues e António Carlos Duarte Fonseca, in *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, 2003, p. 8.

⁴⁴ Vd. Acórdão do TRP de 22/5/2013, com a Juiz Relator Elsa Paixão “À semelhança do que sucede no processo penal, em que a tarefa primeira do juiz é a escolha da pena a aplicar, também no processo tutelar deve o julgador começar por ponderar e decidir qual a medida tutelar mais adequada, a que melhor serve o interesse do menor, dando-se preferência àquela que realize de forma adequada e suficiente a finalidade subjacente à sua aplicação, isto é, a socialização do menor”.

correção da sua personalidade. E, por último, essa necessidade de correção deve existir no momento da aplicação da medida segundo o art. 7º, nº 1 da LTE⁴⁵. Caso não haja necessidade de educação do menor para o direito no momento da aplicação da medida, esta não será aplicada, sendo por isso um pressuposto fundamental.

Na aplicação da medida tutelar educativa, o Tribunal irá escolher a medida menos grave, só podendo ser aplicada outra quando esta se revele inadequada ou insuficiente (art. 6º da LTE). Após a medida ter sido fixada pelo tribunal, é fixado o tipo de execução que menos interfira com o poder de decisão e condução de vida do menor⁴⁶ (art. 7º da LTE). Portanto, está aqui previsto o princípio da mínima intervenção. As medidas tutelares podem prolongar-se até ao jovem completar 21 anos, cessando aí a sua obrigatoriedade (art. 5º da LTE).

O processo divide-se no inquérito, que é presidido pelo MP e na fase jurisdicional, presidida pelo juiz. A abertura do inquérito surge com a denúncia art. 72º LTE. Segundo o art. 84º, nº 1 da LTE, o MP pode, a qualquer momento da fase de inquérito, optar pela suspensão do processo caso o crime imputado ao menor tenha pena de prisão de máximo não superior a 5 anos, o menor apresente um plano de conduta em que se mostre disposto a evitar, no futuro, a prática de factos qualificados pela lei como crime, ou seja, que se mostre com vontade de corrigir a sua personalidade.

Encerrado o inquérito, o MP pode arquivar o processo ou requerer a abertura da fase jurisdicional, de acordo com o art. 86º da LTE. Sendo o facto de pouca gravidade justifica-se que o MP determine o arquivamento do processo (art. 87º da LTE). Se o MP

⁴⁵IDEM, *Ibidem*, “São pressupostos da intervenção tutelar educativa: A existência de uma ofensa a bens jurídicos fundamentais traduzido na prática de um facto considerado por lei como crime; A exigência ao jovem do dever de respeito pelas disposições jurídico-penais essenciais à normalidade da vida em comunidade, conformando a sua personalidade de forma socialmente responsável - necessidade de ser educado para o direito; A idade mínima de 12 anos, fazendo coincidir o início da puberdade com o limiar da maturidade requerida para a compreensão do sentido da intervenção tutelar educativa. E é ainda necessário que a necessidade de correção subsista no momento da decisão”.

⁴⁶Anabela Miranda Rodrigues e António Carlos Duarte Fonseca, *Ob. Cit.*, p. 39.

decidir que a medida tutelar é necessária para corrigir a personalidade do menor ou caso esteja em causa um crime cometido pelo menor que corresponda a uma pena de prisão superior a 3 anos, dá-se a abertura da fase jurisdicional (art. 89º da LTE).

Na fase jurisdicional, pode haver audiência preliminar quando está em causa a aplicação de uma medida não institucional e a natureza e gravidade dos factos, a urgência do caso ou a medida proposta justificarem tratamento abreviado (art. 93º, nº 1, alínea c) da LTE). Caso não haja lugar a audiência preliminar, o processo segue os seus trâmites normais até à audiência final.

Posto isto, sempre que existe a prática de um facto que pela lei penal é qualificado como crime, cometido por menor dos 12 aos 16 anos, é aplicada a Lei Tutelar Educativa, que será aplicada caso se verifique, no momento de aplicação da medida, necessidade de educar o menor para o direito, que seguirá os trâmites legais acima enunciados, sendo-lhe aplicado uma ou várias medidas tutelares educativas.

TÍTULO II

As Medidas Tutelares Educativas

Procedendo à enumeração das medidas tutelares, iremos ordená-las de acordo com a forma crescente de gravidade. O art. 4º da LTE têm como epígrafe “Princípio da Legalidade”, ou seja, trata-se de um catálogo fechado de medidas tutelares.

As medidas tutelares educativas dividem-se entre medidas institucionais e medidas não institucionais, sendo a mais grave o internamento em centro educativo.

A primeira medida é a Admoestação, que, de acordo com o art. 9º da LTE, consiste na “advertência solene feita pelo juiz ao menor, exprimindo o carácter ilícito da conduta e o seu desvalor e consequências e exortando-o a adequar o seu comportamento às normas e valores jurídicos e a inserir-se, de um forma digna e responsável, na vida em comunidade”. Esta é a medida menos gravosa no elenco consagrado no art. 4º da LTE. Esta medida têm como finalidade advertir o menor de que o facto cometido pelo mesmo é ilícito e de que todos os seus atos têm consequências, não estando essa alternativa de vida de acordo com os valores impostos pela sociedade.

A segunda medida consagrada no art. 10º da LTE é a privação do direito de conduzir. Esta medida tem como finalidade privar o menor de conduzir ciclomotores ou de obter permissão para conduzir os mesmos. Esta medida é efetuada através da cassação ou proibição de obtenção da licença.

A terceira medida consiste na reparação do ofendido, art. 11º da LTE. A reparação do ofendido pode ser efetuada de três formas possíveis: pela apresentação de desculpas ao ofendido; compensação económica ao ofendido pelo dano patrimonial; ou exercer, em

benefício do ofendido, atividade que se conexe com o dano. Consideramos esta medida bastante importante, pois é uma forma de o menor poder compensar o ofendido pelo facto ilícito cometido de forma a interiorizar os valores da sociedade, o que o vai fazer pensar nas atitudes tomadas nos últimos tempos.

A quarta medida consiste em prestações económicas ou tarefas a favor da comunidade (art. 12º da LTE). Trata-se aqui da entrega de uma determinada quantia ou do exercício de uma atividade em benefício de uma entidade pública ou privada de fim não lucrativo. O que difere esta medida da anterior, é a natureza do beneficiário, pois na medida anterior o beneficiário é o ofendido e nesta medida é uma entidade pública ou privada sem fins lucrativos.

A quinta medida é a imposição de regras de condutas. Segundo o art. 13º da LTE, esta medida tem como objectivo criar ou fortalecer condições para que o comportamento do menor se adeque às normas e valores jurídicos essenciais da vida em sociedade. A enumeração de regras de conduta, no nº 2 do citado artigo, é meramente exemplificativa⁴⁷, podendo o juiz aplicar a medida que considere mais adequada às necessidades de educação para o Direito do menor.

A sexta medida consiste na imposição de obrigações, que, segundo o art. 14º da LTE, tem como finalidade contribuir para o melhor aproveitamento na escolaridade ou na formação profissional e para o fortalecimento de condições psicobiológicas necessárias ao desenvolvimento da personalidade do menor. A enumeração de obrigações efectuada no nº 2 do citado artigo não é taxativa⁴⁸.

A sétima medida consiste na frequência de programas formativos (art. 15º da LTE). Esta medida implica a participação do menor em programas de matérias muito específicas ligadas ao crime cometido pelo mesmo, tendo, assim, uma finalidade educativa e formativa para um normal desenvolvimento do menor⁴⁹.

⁴⁷ IDEM, *Ibidem*, p. 87.

⁴⁸ IDEM, *Ibidem*, p. 89.

⁴⁹ IDEM, *Ibidem*, p. 92.

A oitava medida refere-se ao acompanhamento educativo (art. 16º da LTE). Esta medida consiste na execução de um projeto educativo pessoal que abranja as áreas de intervenção fixadas pelo Tribunal. Este projeto é elaborado pelos serviços de reinserção social e está sujeito à homologação judicial. Dentro das medidas não institucionais esta é a que mais limita a vida do menor⁵⁰. Esta medida pode ser combinada com o conteúdo de outras medidas.

Todas estas medidas são não institucionais.

Finalmente, a última medida e a mais gravosa é a medida de internamento, estabelecida no art. 17º da LTE. Esta medida é a única medida institucional. O objectivo do internamento em centro educativo é “proporcionar ao menor, por via do afastamento temporário do seu meio habitual e da utilização de programas e métodos pedagógicos, a interiorização de valores conformes ao direito e a aquisição de recursos que lhe permitam, no futuro, conduzir a sua vida de modo social e juridicamente responsável”⁵¹. Assim, esta medida apenas é aplicada em último recurso, para os casos mais problemáticos, e quando outra medida não se considere adequada ou suficiente. Quando se fala em casos mais problemáticos estamos a falar daqueles casos em que é necessário um afastamento temporário do menor do seu meio habitual. Esta medida, ao mesmo tempo que separa o menor do seu meio habitual, incute-lhe os valores essenciais da sociedade através de programas e métodos pedagógicos preparados para o caso em concreto. Esta medida pode ser feita em regime aberto, semi-aberto ou fechado, dependendo da gravidade do facto cometido pelo menor.

Assim, as medidas estão previstas na LTE por ordem crescente de gravidade, podendo ser institucionais ou não institucionais, e podendo ser aplicadas única ou cumulativamente com outras.

⁵⁰ IDEM, *Ibidem*, p. 94.

⁵¹ Corpo do art. 17º, nº 1 da LTE.

CAPÍTULO IV

ANÁLISE CRÍTICA DE CASOS

TÍTULO I

O que diferencia um comportamento sexual normal entre crianças e um comportamento sexual abusivo?

Tradicionalmente, o crime de abuso sexual de crianças era rotulado como um crime cometido exclusivamente por adultos. No entanto, ultimamente as estatísticas revelam que também são cometidos por menores.

Estudos realizados por Barbaree e Marshall⁵², em 2006, demonstram que 20% de todas as agressões sexuais e de 20% a 50% dos abusos sexuais com crianças e adolescentes são cometidos por menores.

Assim, o abuso sexual tanto pode ser cometido por um adulto como por um menor, sendo aplicada uma medida tutelar educativa a menores entre os 12 e os 16 anos de idade quando praticam factos qualificados pela lei como crimes.

Não há unanimidade, na UE, quanto à idade a partir do qual há responsabilidade penal, podendo ser a partir dos 8 anos de idade como a partir dos 18 anos de idade, revelando-se uma grande disparidade.

Em Portugal, os menores de 16 anos são inimputáveis em razão da idade (art. 19º CP). Enquanto na Bélgica a responsabilidade penal é a partir dos 18 anos e na Alemanha, Áustria e Espanha a partir dos 14 anos. Na Inglaterra e País de Gales a responsabilidade

⁵² Barbaree e Marshall citado por Ricardo G. Barroso, Celina Manita, Paulo Nobre, in “Violência sexual juvenil: conceptualização, caracterização e prevalência”, *RPCC*, Julho-Setembro 2011, Ano 21, nº 3, Coimbra Editora, p. 430.

penal é a partir dos 10 anos. E por último na Escócia a responsabilidade penal inicia-se a partir dos 8 anos⁵³.

A Associação Internacional para Tratamento de Jovens Ofensores (IATSO), define jovem agressor social como alguém compreendido entre os 12 e os 18 anos que tenha sido oficialmente acusado de um crime sexual, tenha realizado um ato considerado crime sexual ou tenha cometido alguma forma de abuso sexual ou comportamento sexualmente agressivo⁵⁴.

A *Stop It Now* é uma organização que tem como finalidade ajudar e prevenir o abuso sexual entre crianças. Esta organização alerta a sociedade para estar atenta a sinais que podem indicar que uma criança esteja a ser abusada sexualmente por outra criança, ou que, pelo contrário, a criança esteja a abusar sexualmente de outra criança. Diferenciando, assim, o que pode ser considerado um comportamento de exploração sexual saudável e o que é considerado um comportamento sexual abusivo, indicando inúmeras razões para as crianças que são vítimas desse abuso manterem o silêncio.

É difícil distinguir um comportamento sexual normal de um abuso sexual. Quando é que estamos perante atos de exploração sexual normal e apropriada à idade e perante atos sexualmente abusivos? Existem alguns critérios que deverão ser tidos em conta na análise de casos de possíveis abusos sexuais entre crianças.

Um dos critérios é o da idade^{55 56 57}, é considerado abuso sexual se entre ambos existe, em regra, uma diferença de, pelo menos, 5 anos de idade⁵⁸. Quanto maior for a

⁵³ Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias, in *Crimes sexuais com adolescentes, Particularidades dos artigos 174 e 175 do Código Penal Português, Ob. Cit.*, . 106 ss.

⁵⁴ Ricardo G. Barroso, Celina Manita, Paulo Nobre, *Ob. Cit.*, p. 428.

⁵⁵ Celina Manita, in “Quando as portas do medo se abrem... do impacto psicológico ao(s) testemunho(s) de crianças vítimas de abuso sexual”, *Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos Juízes Sociais, Atas do Encontro*, Almedina, p. 231.

⁵⁶ Vd. Howard E. Barbaree, William L. Marshall, in *The Juvenile Sex Offender*, The Guilford Press, 2006.

⁵⁷ Vd. Gary O'Reilly, William L. Marshall, Alan Carr, Richard C Beckett, in *The Handbook Of Clinical Intervention with young people who sexually abuse*, Brunner-Routledge, 2004.

diferença de idades maior é a probabilidade de haver abuso. No entanto, este critério deverá ser conjugado com outros, pois nem sempre se verifica a diferença de, pelo menos, 5 anos. Por vezes uma diferença de 2 ou 3 anos de idade pode ser o bastante para se verificar abuso sexual entre menores.

Deverá, assim, o critério da idade ser conjugado com o critério da subordinação, ou seja, quando estamos perante crianças da mesma idade ou idades relativamente próximas, deverá saber-se se verifica uma situação de subordinação de uma criança à outra, ou se pelo contrário se verifica uma situação de paridade entre elas⁵⁹.

O critério da idade e o critério da subordinação deverão ter sempre em conta o critério do desenvolvimento cognitivo-afetivo, ou seja, a existência de uma diferença significativa no desenvolvimento cognitivo-afetivo^{60 61}. Isto leva a averiguar o desenvolvimento da maturidade de ambos os menores de forma a perceber se houve uma manipulação de um sobre o outro.

Assim, o juiz deverá ter em conta todos estes critérios no seu conjunto para aferir se houve um comportamento sexual abusivo ou não, e qual dos menores é que foi abusado.

Apesar do abuso sexual ser cada vez mais cometido entre menores, existem poucos indícios da sua existência, pois são poucas as denúncias e os casos que chegam,

⁵⁸ O uso convencional da diferença de cinco anos para distinguir um abuso sexual de um comportamento sexual normal pode nem sempre resultar. Vd. Stephen M. Hudson e Tony Ward, in *Adolescent Sexual Offenders: Assessment and Treatment Handbook of offender assessment and treatment*, Handbook of offender assessment and treatment, John Wiley e Sons, LTD, 2001, p. 364.

⁵⁹ Ou seja, a criança deverá estar numa posição de poder e controlo sobre a outra criança. Cfr. Clark&Clark, citado por Isabel Alberto, in *O abuso sexual de menores, uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*, Almedina, 2002, p. 37.

⁶⁰ Celina Manita, *Ob. Cit.*, p. 231.

⁶¹ Um estudo realizado por Gail Ryan em 1997 definiu o abuso sexual de menores em três fatores: a igualdade, isto é, desenvolvimento intelectual e físico de acordo com a idade e diferenças de poder; o consentimento, ou seja, a pessoa deve ter a decisão se quer participar ou não. O consentimento é essencial para a pessoa perceber o que se está a passar e avaliar os riscos e alternativas; e a coação, que pode ser pelo uso do seu poder, autoridade e idade. Vd. Stephen M. Hudson e Tony Ward, *Ob. Cit.* p. 364.

efetivamente, a tribunal. Principalmente, quando estamos perante abusos intrafamiliares, onde tendencialmente se encobrem estes casos.

Quando o abuso sexual é cometido por outro menor, o juízo de censura não será o mesmo caso se tratasse de um ato praticado por um adulto, mas estamos perante um ilícito criminal.

TÍTULO I.I

Caso I ⁶²

Matéria de Facto:

Provada:

- Em data e hora não apuradas em 2002, o menor R estava a brincar nas traseiras da “Peixaria” com o menor J e menores O e P;
- Nesse momento e nesse local, o menor R disse ao menor J, nascido a 5-10-1995, para este “lhe fazer um broche”;
- O menor R retirou das cuecas o pénis erecto e introduziu-o na boca do menor J;
- O menor J chupou de seguida o pénis do menor R;
- O menor R sabia que o menor J tinha menos de 12 anos e atuou de forma livre com o propósito de praticar os factos supra descritos;
- O menor R tem maior compleição física do que o menor J;
- O menor R frequenta o 6º ano de escolaridade e tem beneficiado de acompanhamento psicológico no Hospital Garcia de Horta;
- O menor R vive na companhia dos pais;
- A mãe do menor R tem como profissão auxiliar de ação educativa;
- O pai do menor R tem como profissão carpinteiro de estores e de momento encontra-se desempregado;

⁶² Acórdão do TRL, de 2/12/2004 com Juiz Relator Cid Geraldo.

- O menor R denota dificuldade na aquisição dos valores jurídico-sociais e tem dificuldade em lidar de forma positiva com aspectos relacionados com a sexualidade.

Não Provada:

- Que o menor R tivesse pedido ao menor O e ao menor P para ficarem a vigiar;
- Que os factos apurados tivessem ocorrido mais de uma vez;
- Que o menor R tivesse dito ao menor J que lhe bateria se não praticasse os factos supra descritos;
- Que o menor J tivesse medo que o menor R lhe batesse, por ser mais velho e de maior compleição física;
- Que o recanto onde ocorreram os factos fosse de difícil visibilidade exterior;
- Que o menor R soubesse a idade exata do menor J.

O MP requereu a abertura da fase jurisdicional do processo tutelar educativo, onde imputou ao menor R um crime de abuso sexual de crianças previsto e punido pelo art. 171º, nº 2 do CP, e um crime de ameaças p. e p. pelo art. 153º, nº 1 do CP. E requereu que fosse aplicado ao menor R as medidas tutelares educativas de obrigação de frequência de consultas de pedopsiquiatria e obrigação de frequência do estabelecimento escolar com controlo de assiduidade e aproveitamento.

O Tribunal de 1ª Instância proferiu decisão de não aplicação das medidas tutelares educativas, considerando que constitui elemento do tipo do art. 171º do CP, que o menor J tenha menos de 14 anos e que o menor R tenha completado 14 anos, “sob a pena de ocorrer confusão entre o menor ofendido e o menor sujeito do processo e que o ilícito penal em apreço ao não efetuar distinções entre menores de 12 anos e menores de 14 anos, não se pode entender que os menores de 13 anos pratiquem factos qualificados pela lei penal

como crime de abuso sexual de criança, pelo que, tendo o menor R à data dos factos 13 anos de idade, não praticou factos que integram um crime de abuso sexual de criança”.

O MP recorreu com os seguintes fundamentos:

- A LTE aplica-se a menores entre os 12 e os 16 anos;
- O Tribunal *a quo* deu como provados factos integradores do ilícito penal do art. 171º do CP;
- O menor R à data dos factos tinha 13 anos de idade;
- A LTE, não tem qualquer exceção ao princípio consagrado no seu art.1º;
- Ficou provado que o menor R denota dificuldade na aquisição de valores jurídico-sociais e dificuldade em lidar de forma positiva com aspectos relacionados com a sexualidade;
- O menor R apresenta necessidades de educação para o direito.

O TRL decidiu que não ficaram provados os factos que integram o crime de ameaças, mas é incontestável que estamos perante um facto integrante do crime de abuso sexual de menores do art. 171º do CP e por isso deve-se aplicar uma medida tutelar educativa que se mostre mais adequada à situação.

Análise Crítica

A decisão do Tribunal de 1ª Instância foi pouco feliz, na medida em que considera que não há preenchimento do tipo ilícito do art. 171º do CP, pelo simples motivo de o menor abusador não ter idade superior a 14 anos.

Como referiu o MP nos seus fundamentos de recurso da decisão, a LTE é aplicável à prática por menor em idade compreendida entre os 12 e os 16 anos, de facto qualificado pela lei como crime dando lugar à aplicação de medida tutelar educativa (art. 1º LTE). E tem como objectivo a educação do menor para o direito e a sua inserção na vida em comunidade (art. 2º LTE).

Felizmente, o Tribunal da Relação considerou que se trata de um facto integrante da prática de um crime de abuso sexual de menores.

Estamos perante o preenchimento do crime de abuso sexual de crianças p. e p. pelo art. 171º, nº 2 do CP, na modalidade de ação que consiste numa agravação do ato sexual de relevo, nomeadamente o coito oral.

O bem jurídico protegido no crime de abuso sexual de crianças é a autodeterminação sexual, que está ligada ao livre desenvolvimento da personalidade da criança. Sujeitar uma criança com 6 anos a atos sexuais de relevo prejudica gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade, mesmo que tenha sido sem coação.

O tribunal, na análise do caso concreto, deverá ter em consideração alguns critérios de diferenciação entre o que será um comportamento sexual saudável entre menores e um comportamento sexual abusivo, ou seja, se é uma experiência de iniciação sexual consentida e desejada por ambas as partes, ou se estamos perante um comportamento sexual abusivo devido à grande diferença de idades, relações de poder e de manipulação.

Um dos critérios a ter em conta é o da idade⁶³. Assim, pode ser considerado um abuso sexual, em regra, quando haja entre o agente e a vítima uma diferença de, pelo menos, 5 anos. O menor R à data da prática dos factos tinha 13 anos, ao passo que o menor J tinha 6 anos. Existe, aqui, uma diferença de 7 anos entre os menores.

Pelo facto de o menor J ter apenas 6 anos de idade e devido à acentuada diferença de idades entre a vítima e o agente, nada aponta para uma experiência de iniciação sexual, em que não se possa distinguir o agente da vítima.

Um outro critério, que deve ser conjugado com o critério anterior, é se existe uma relação de subordinação ou de paridade⁶⁴. Aqui, indiscutivelmente estamos perante uma relação de subordinação, principalmente pelo facto da enorme diferença de idades entre ambos, e pelo facto de o agente ter uma forte compleição física em relação ao menor J. É certo que o Tribunal considerou que não ficou provado o crime de ameaças, no entanto, facilmente se consegue concluir que houve uma subordinação entre o menor agente e o menor vítima. Houve uma certa manipulação por parte do menor agente sobre o menor vítima para que este último praticasse sexo oral, isto porque o menor tinha apenas 6 anos à prática dos factos, o que, em princípio, leva a fazer crer que este não sabia o que estava a acontecer naquele momento e que houve uma certa manipulação.

Um último critério a ter em conta, e que deve ser conjugado com os dois anteriores, é o de desenvolvimento cognitivo-afetivo⁶⁵. Ficou provado que o menor R denota dificuldade na aquisição de valores jurídico-sociais e dificuldade em lidar de forma positiva com aspectos relacionados com a sexualidade. O que não invalida o facto de ser um menor de 13 anos, que abusou sexualmente de um menor de 6 anos.

Devido ao facto de a diferença de idades ser de 7 anos, todos os outros critérios ficam automaticamente preenchidos, pois existe desde logo uma relação de subordinação e

⁶³ Celina Manita, *Ob. Cit.*, p. 231.

⁶⁴ Cfr. Clark&Clark, citado por Isabel Alberto, *Ob. Cit.*, p. 37.

⁶⁵ Celina Manita, *Ob. Cit.*, p. 231.

manipulação, assim como uma diferença significativa no desenvolvimento cognitivo-afetivo do agente em relação à vítima.

Assim, e tendo em conta todos os critérios referidos anteriormente, estamos perante um comportamento sexual abusivo e não perante um comportamento sexual normal. Mais uma vez, a grande diferença de idades entre os menores revela que nunca poderíamos estar perante jogos sexuais de iniciação compatíveis com as suas idades.

Portanto, é indiscutível que o menor R cometeu um crime de abuso sexual de menores e em consequência se torna necessário responsabilizar o menor R pelo factos praticados em relação ao menor J, devendo ser educado para o direito, “de forma a que a sua personalidade interiorize o respeito pelas normas e valores fundamentais da sociedade em que se integra”⁶⁶, visto que há necessidade de corrigir a personalidade do menor, que se encontra em formação.

Os arts. 1º, 2º e 7º da LTE referem que a intervenção tutelar educativa tem três pressupostos: a verificação de uma ofensa a bens jurídicos fundamentais traduzida na prática de um facto ilícito tipificado pela lei; existência de necessidade de correção da personalidade do menor; e essa necessidade deve subsistir no momento de aplicação da medida ou da tomada de decisão. Consideramos que, neste caso, estão preenchidos os 3 pressupostos, visto que o menor R cometeu um crime de abuso sexual de crianças, demonstrando que existe uma necessidade de corrigir a sua personalidade, pois estamos perante um crime em que o bem jurídico protegido é a autodeterminação sexual do menor ligada ao livre desenvolvimento da personalidade do menor, tendo o agente dificuldades em lidar com a sexualidade de forma positiva. E essa necessidade subsiste no momento de aplicação da medida tutelar educativa.

A escolha da medida a aplicar dependerá, também, da família em que a criança está inserida, ou seja, se a família será ou não uma mais-valia para a educação da criança para o direito ou se será necessário tirá-la do ambiente em que está inserida. No caso em concreto

⁶⁶ Acórdão da TRL, de 2/12/2004, com o Juiz Relator Cid Geraldo.

a mãe do menor R é auxiliar de ação educativa e o pai carpinteiro de estores mas de momento encontra-se desempregado, nada nos é indicado no sentido de se tratar de uma família disfuncional ou com problemas, e por isso o melhor seria a aplicação de uma medida não institucional.

De todas as medidas, pensamos que a necessária e mais adequada é a medida de acompanhamento educativo, prevista no art. 16º da LTE. Esta medida consiste na execução de um projeto educativo pessoal, que abranja a área de educação sexual, sendo um projeto elaborado pelos serviços de reinserção social, sujeito à homologação judicial. Podendo ser conjugado com outras medidas como, por exemplo, a medida de frequência de programas formativos (art. 15º da LTE), onde o menor participa em programas de educação sexual.

Mas, por algum motivo, caso não se entenda que o menor R esteja inserido numa família funcional, que garanta o cumprimento destas medidas com o seu apoio na educação do menor para o direito, então, o mais adequado seria retirar o menor do seu seio familiar e aplicar uma medida institucional, a medida de internamento (art. 17º da LTE). Aliás, o MP pode em qualquer fase do processo tutelar educativo participar às entidades competentes a situação do menor, caso este careça de proteção social, conforme o art. 43º, nº 1, al. a) da LTE.

Apesar desta medida ser a mais gravosa e ser aplicada em último recurso, visto que é uma medida institucional, revela-se adequada e necessária quando estamos perante uma família disfuncional. Demonstra-se necessário retirar o menor do ambiente a que está habituado de forma a ser educado para o direito, sendo-lhe inculcidos valores sociais.

Para concluir, no caso em concreto será necessário aplicar a medida de acompanhamento educativo (art. 16º da LTE) cumulativamente com a medida de frequência de programas formativos (art. 15º da LTE), caso se considere que a família irá ajudar o menor na sua educação para o direito. Caso não se considere que a família seja uma mais-valia, então o melhor será retirar o menor do seu seio familiar mediante a medida de internamento (art. 17º da LTE).

TÍTULO I.II

Caso II ⁶⁷

Matéria de Facto:

- Em data e hora não apuradas, Sara, menor de 11 anos, que frequenta o 5º ano de escolaridade, acede acompanhar um colega de turma, Francisco, de 14 anos, a um local nas imediações da escola, onde se desnudam da cintura para baixo e praticam ato sexual de relevo (sem penetração).
- Em data e hora não apuradas, mas após o primeiro facto, Francisco convida Sara, e Cristina, uma outra colega da mesma idade que Sara, e ainda três outros menores da mesma turma para brincarem aos namorados no exterior da escola, convite que é aceite por todos.
- Chegados ao local, todos iniciam brincadeira.
- Francisco e Cristina, afastam-se uns metros para não serem vistos e desnudam-se e, a solicitação de Francisco, mantêm relações de cópula.
- Voltando para junto dos restantes colegas, Francisco pede à Sara que se desnude da cintura para baixo e, na presença dos outros colegas, pratica ato sexual de relevo (sem penetração).
- Sara sofre laceração incompleta do hímen.
- Sara e Cristina ficaram nervosas, envergonhadas, tristes e atemorizadas.
- Francisco nunca tinha praticado comportamentos passíveis de integrarem a prática de um crime.

⁶⁷ Caso retirado do Trabalho de Michele Pinto e Paulo Namora, in Abuso sexual entre menores – um crime praticado por e contra menores de 21/11/2008.

- Francisco apresentava limitações significativas ao nível das competências pessoais e sociais, designadamente problemas de relacionamento interpessoal, tendência desadaptativa na experiencição de afetos, dificuldade em resolver situações de maior complexidade emocional.

O Tribunal considerou que os factos descritos integravam objetivamente a prática de dois crimes de abuso sexual de crianças p.p. pelo art. 171º/1 do CP e um crime de abuso sexual de crianças p.p. pelo art. 171º/2 do CP.

O MP propôs em audiência preliminar as medidas de acompanhamento educativo, pelo período de 20 meses, nas vertentes de continuação do seu percurso escolar e aquisição de competências pessoais e sociais em défice; e a medida de imposição da obrigação de frequência em regime ambulatorio de programa de tratamento médico psicológico, nomeadamente consulta especializada para jovens agressores sexuais. Medidas essas que foram aceites.

Relativamente às menores Sara e Cristina foi determinado que se submetessem, caso necessário, a consulta de pedopsiquiatria.

Análise Crítica

Relativamente a este caso, temos algumas dúvidas quanto aos crimes imputados a Francisco, temos dúvidas se os comportamentos do mesmo poderão ou não integrar o tipo de ilícito de abuso sexual de menores. Senão vejamos.

Como referimos anteriormente, para se distinguir entre o que é considerado um comportamento sexual normal entre menores em idade de experimentação e o que é considerado um comportamento sexual abusivo, deve-se ter em conta os critérios já referidos na análise crítica do acórdão anterior.

O abuso sexual de crianças tem como bem jurídico protegido a autodeterminação sexual do menor, ligada ao livre desenvolvimento da personalidade da criança. Estamos aqui a falar de crianças de 11 e 14 anos, onde a diferença entre elas é de 3 anos de idade. A questão fundamental é se o facto de estarmos perante atos sexuais, havendo entre o agente e a vítima uma diferença não muito grande de idades prejudica ou não o livre desenvolvimento das personalidades de Sara e Cristina.

Como referimos no caso anterior, o tribunal deverá ter em atenção alguns critérios de diferenciação para concluir se estamos perante uma experiência de iniciação sexual consentida e desejada por ambas as partes, ou se estamos perante um comportamento sexual abusivo, apesar de estarmos perante idades similares.

O primeiro critério a ter em conta, será o da idade. Considera-se que há abuso sexual de crianças quando existe entre o agente e a vítima uma diferença de, em regra, pelo menos 5 anos, o que no caso em concreto não se verifica, trata-se de crianças de idades próximas, com uma diferença de 3 anos. O que nos leva a duvidar se estamos perante jogos sexuais de iniciação ou se efetivamente houve abuso sexual. Contudo, temos de ter em conta que nem sempre este critério da diferença de cinco anos resulta.

Um outro critério, que deve ser conjugado com o anterior, consiste em saber se existe uma relação de subordinação ou de paridade. Neste caso será difícil identificar que tipo de relação existiria, uma vez que são crianças com idades similares. E nada no caso indica que as vítimas estivessem sob coação por parte de Francisco, sendo aqui que residem as nossas dúvidas, se estamos perante um abuso sexual de crianças ou se estamos perante jogos sexuais iniciativos. Isto porque, como foi referido, o Francisco convidou-as para brincarem aos namorados, o que não quer dizer que estivessem dispostas a cometer tais atos.

Por último, e este critério deve ser conjugado com os anteriores, temos de saber se há uma diferença significativa no desenvolvimento cognitivo-afetivo entre o agente e a vítima. Como foi referido na matéria de facto provada, Francisco apresentava limitações significativas ao nível das competências pessoais e sociais, designadamente problemas de relacionamento interpessoal, tendência desadaptativa na experiência de afetos, dificuldade em resolver situações de maior complexidade emocional. Nada nos é referido quanto ao desenvolvimento cognitivo-afetivo das vítimas, todavia temos de ter em conta que apesar de a diferença de idades não ser muito elevada, um menor de 14 anos tem mais informação sexual do que um menor de 11 anos, o que não invalida que ambos soubessem o que estavam a fazer. Outro aspecto a ter em conta é o amadurecimento emocional feminino. Por muita informação que as menores de 11 anos tivessem, não tinham maturidade suficiente para consentirem um ato sexual, podendo haver um aproveitamento por parte do agente.

Um aspeto que pensamos ser fulcral na análise deste caso, é a possibilidade de Francisco ter usado meios de manipulação sobre as vítimas. Isto porque convidou Cristina para brincar aos namorados tendo com esta relações de cópula. E convidou Sara duas vezes para a tal brincadeira de namorados, a primeira estando os dois sozinhos e a segunda em frente dos restantes colegas de turma. Seria preciso mais informações sobre a sentença deste caso para concluir se existiu ou não manipulação e, consequentemente, se houve ou não abuso sexual de menores.

Portanto, caso se entenda que, apesar da pouca diferença de idades, existe uma grande diferença no desenvolvimento cognitivo-afetivo do Francisco em relação a Sara e Cristina e, que, portanto, existiu uma relação de subordinação, nomeadamente manipulação por parte do mesmo para que estas acessem à prática de tais atos, estamos perante um abuso sexual de crianças.

Caso contrário, e se entenda que não há diferença no desenvolvimento cognitivo-afetivo, que não há relação de subordinação nem manipulação, então estamos perante jogos sexuais iniciativos entre menores que, apesar de não serem apropriados às idades das vítimas, não são considerados crimes, pois são queridos por ambos⁶⁸.

Considerando que efetivamente Francisco cometeu 3 crimes de abuso sexual de crianças, 2 crimes contra Sara na modalidade de ação, que consiste na prática de ato sexual de relevo com ou em menor de 14 anos (art.171º, nº 1 CP) e 1 crime contra Cristina na modalidade de ação que consiste numa agravação do ato sexual de relevo, neste caso na cópula (art.171º, nº 2 CP), deverão ser aplicadas medidas tutelares.

Na verdade, foram aceites mediante acordo as medidas propostas pelo MP quanto ao Francisco, que consistiram na medida de acompanhamento educativo (art. 16º da LTE), pelo período de 20 meses, nas vertentes de continuação do seu percurso escolar e aquisição de competências pessoais e sociais em défice; e na medida de imposição da obrigação de frequência (art. 15º da LTE), em regime ambulatorio, de programa de tratamento médico psicológico, nomeadamente consulta especializada para jovens agressores sexuais.

Nada nos é indicado relativamente à família do menor, ou seja, não temos informação se a família é funcional ou disfuncional. Presumindo que se trata de uma família funcional, preocupada em incutir os valores da sociedade ao menor, a melhor

⁶⁸ O nosso legislador considera que os menores de 14 anos devem ser protegidos uma vez que não têm capacidade de discernimento para saber e decidir de livre e espontânea vontade se querem praticar tais atos sexuais. Vd. Maria do Carmo Saraiva de Menezes da Silva Dias, *Notas substantivas sobre crimes sexuais com vítimas menores de idade*, Ob. Cit., p. 211 e 212.

medida a aplicar será uma medida não institucional, visto que não há necessidade de retirar a criança do seu meio familiar.

Caso se considere que o Francisco cometeu, efetivamente, os crimes que lhe são imputados, a medida de acompanhamento educativo (art.16º da LTE), apesar de ser a medida não institucional mais gravosa, é justificada, assim como a medida de frequência de programas formativos (art.15º da LTE). Uma vez que se verificam os três pressupostos plasmados nos arts. 1º, 2º e 7º da LTE, nomeadamente a prática de um facto qualificado na lei como crime, uma necessidade de educar o menor para o direito, e a subsistência dessa necessidade no momento da aplicação da medida tutelar.

Assim, considerando que o Francisco cometeu os crimes que lhe foram imputados mostra-se necessária a aplicação da medida de acompanhamento educativo (art. 16º da LTE), cumulativamente com a medida de frequência de programas formativos (art. 15º da LTE), uma vez que é necessária a sua educação para o direito, pois estão em causa a prática de três crimes de abuso sexual de crianças.

TÍTULO I.III

Caso III ⁶⁹

Matéria de Facto:

- Em data e horas não apuradas, Hugo, de 13 anos, convidou o seu vizinho e amigo José, de 9 anos, para ir jogar Playstation na sua casa.
- Logo que chegaram, Hugo agarrou os braços de José, baixou-lhe as calças e cuecas, introduziu o seu pénis ereto no ânus deste, satisfazendo os seus instintos sexuais.
- No dia seguinte ao primeiro facto, Hugo repetiu o convite, ameaçando José que “roubava” a irmã mais nova, caso este não aceitasse.
- José acedeu ao seu pedido com medo que Hugo concretizasse a ameaça para com a sua irmã, tendo-se repetido o sucedido do dia anterior.
- José sofreu fortes dores, lesões e ferimentos na zona da região do ânus, de características não apuradas, tendo sido observado por um médico.
- José foi afetado psicologicamente, apresentando evidentes alterações de comportamento, passando a chegar tarde à escola, baixando o seu rendimento escolar e tornando-se numa criança extremamente nervosa, irrequieta, retraída, triste e atemorizada.
- Hugo nunca tinha praticado comportamentos passíveis de integrar a prática de um crime.

⁶⁹ Caso retirado do Trabalho de Michele Pinto e Paulo Namora, in *Abuso sexual entre menores – um crime praticado por e contra menores* de 21/11/2008.

- Hugo vivia num cenário de violência até à separação dos pais, tendo sido a sua vivência familiar caracterizada por atos de violência do pai e consumo de drogas.

O MP propôs a aplicação da medida mais grave, o internamento art. 17º LTE. No entanto, o Tribunal aplicou as medidas tutelares educativas de acompanhamento educativo previsto no art. 4º, nº 1, alínea h), art. 6º, art. 7º e art. 16º da LTE; obrigação de frequência do estabelecimento de ensino da sua área de residência; obrigação de frequência de sessões de orientação psicopedagógica e acompanhamento médico-psicológico (art.14º LTE).⁷⁰. Isto porque “na origem dos factos praticados se encontra alguma desadaptação, desequilíbrio e sofrimento, porventura ocasionados por uma experiência traumática” e que “muito embora os comportamentos do menor sejam, do ponto de vista objetivo, de grande gravidade, é necessário não cair em exageros, recusando soluções sensíveis aos “ventos repressivos” ou ao “pânico moral””.

⁷⁰ No trabalho referenciado como fonte, nada é indicado relativamente ao crime que é imputado ao menor pelo Tribunal. No entanto, consideramos que o crime que deveria ser imputado ao menor, seria o de violação p.p. art. 164º, nº 1, al. a) do CP.

Análise Crítica

Neste caso, consideramos que estamos perante um crime de violação p. e p. pelo art. 164º, nº 1, al. a) do CP, uma vez que Hugo constrangeu José a praticar consigo coito anal. Sendo um crime com pressupostos específicos deve haver a verificação de algum dos meios de constrangimento para preenchimento do tipo legal.

Os meios de constrangimento utilizados por Hugo foram a violência e a ameaça grave.

Consideramos que existe violência a partir do momento em que Hugo agarra os braços de José e lhe baixa as calças contra a sua vontade. Como referi anteriormente, o conceito de violência não é pacífico. Seguindo a opinião de Conceição Cunha⁷¹, para haver violência não é necessária a verificação de uma resistência efetiva, pois neste caso, sendo Hugo 4 anos mais velho que José seria inútil a resistência deste último devido à mais forte compleição física de Hugo.

Quanto ao meio de constrangimento ameaça grave, tanto pode ser contra a vida ou integridade física como contra a honra e dignidade da vítima. Podendo ser dirigida tanto à vítima como a um terceiro, desde que tenha um relação de proximidade com a vítima. Neste caso, a ameaça relacionava-se com a irmã mais nova de José. Hugo ameaçou José que se este não acedesse ao seu convite ia “roubar” a irmã. E como forma de a proteger José acedeu ao convite de Hugo, com medo que este cumprisse a ameaça ou, pior, que a irmã passasse o mesmo pelo qual José estava a passar.

O bem jurídico protegido é a liberdade e autodeterminação sexual da criança. Pelo facto de estarmos perante um crime que é cometido contra menor de 14 anos está sujeito à

⁷¹Conceição Cunha, in “Crimes sexuais contra crianças e jovens”, *Ob. Cit.*, pág. 199.

agravação da pena segundo o art. 177º, nº 6 do CP, pois José tinha apenas 9 anos à data da prática dos factos.

Não vamos proceder à análise dos critérios para distinguir se estamos perante um comportamento sexual normal ou perante um comportamento sexual abusivo, pois sendo um crime de violação, e não de abuso sexual de crianças, como nos casos anteriores, nunca poderia haver este tipo de dúvidas. José foi forçado por Hugo à prática de coito anal por duas vezes. A primeira, mediante o meio de constrangimento “violência” e a segunda mediante o meio de constrangimento “ameaça”.

Portanto, numa poderiam estar em causa jogos sexuais iniciativos entre menores que, apesar de não apropriados às idades das vítimas, não são considerados crimes, pois são queridos por ambos, uma vez que há a verificação dos meios de constrangimento violência e ameaça, logo não se trata de um abuso sexual de crianças (art. 171º do CP), sim de uma violação (art. 164º do CP).

Só nos resta comentar a decisão do Tribunal relativamente às medidas tutelares educativas que foram impostas a Hugo.

Hugo cometeu por meio de violência e ameaça grave dois crimes de violação p. p. pelo art. 164º, nº 1, al. a) do CP, que consiste no coito anal, devendo ser aplicadas medidas tutelares.

Foi proposto pelo MP a aplicação da medida internamento art. 17º da LTE, no entanto, o Tribunal condenou Hugo às medidas tutelares educativas de acompanhamento educativo previsto no art. 4º, nº1, al. h), art.6º, art.7º e art.16º da LTE; obrigação de frequência do estabelecimento de ensino da sua área de residência (art. 14º da LTE); obrigação de frequência de sessões de orientação psicopedagógica e acompanhamento médico-psicológico (art. 14º da LTE).

Concordamos com a proposta do MP. Deveria ser aplicada ao menor a medida tutelar mais gravosa, a medida de internamento (art.17º da LTE). Isto porque é-nos indicado que a família de Hugo é uma família marcada por atos de violência por parte do

pai e pelo consumo de drogas. E portanto, sem dúvida que se trata de uma família disfuncional e que em nada irá ajudar na educação do menor para o direito. Por isso, a melhor medida a aplicar num caso destes é a medida de internamento, retirando o menor do meio a que está habituado para lhe serem incutidos valores sociais através de programas e métodos pedagógicos preparados para o caso em concreto.

CAPÍTULO V

O PROBLEMA DO PROCESSO JUDICIAL

TÍTULO I

O Silêncio e a Denúncia

Estatisticamente, os agressores sexuais são pessoas próximas e/ou conhecidas das vítimas, podendo a vítima confundir o abuso sexual com um ato de demonstração de afeto. Daí ser bastante complicado para as crianças vítimas de abuso sexual procederem à denúncia. A denúncia pode também ser um processo bastante desgastante para a família das vítimas pois um processo judicial acarreta custos, nomeadamente emocionais, económicos e relacionais⁷².

Muitas das vezes, as denúncias são efetuadas quando já passaram meses ou até anos, o que compromete a perícia médico-legal⁷³. Esta perícia tem um papel probatório importante no esclarecimento da justiça, no entanto pode ser experienciadas pelas vítimas de uma forma traumática, devido ao seu grau de intensidade e ao estado de fragilidade da criança.⁷⁴

O silêncio é um dos fatores para que o abuso se perpetue no tempo. O silêncio é garantido pelo agressor através de recompensas, ameaças, medo e/ou manipulação. A vítima pode, também, alimentar este silêncio pois têm medo de perder a pessoa que supostamente gosta dela, tendo sentimentos de culpa.

⁷² Catarina Ribeiro, *Ob. Cit.*, Almedina, p. 107.

⁷³ Cristina Camões, in *Violência Sexual em Menores*, o portal dos psicólogos, <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/ao245.pdf>, p. 2.

⁷⁴ Catarina Ribeiro e Celina Manita, in “Crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar: significados do envolvimento no processo judicial e do papel dos magistrados”, *Revista do MP*, Abril-Junho 2007, Ano 28, nº 110, p. 56 e 57.

Segundo Furniss⁷⁵, em 1992, há um conjunto de fatores internos e externos que contribuem para o chamado síndrome do segredo⁷⁶. Quanto aos fatores externos está em causa a ausência de evidências físicas do abuso, tentativas de revelação falhadas⁷⁷, ameaças, e medo das consequências que podem advir da revelação. Relativamente aos fatores internos trata-se da anulação do contexto do abuso, isto é, o abuso decorre num local escondido e escuro; ruptura com o *self* habitual do abusador, ou seja, o abusador comporta-se como se fosse outra pessoa pela diferença de comportamentos; e anulação da experiência do abuso que consiste no corte do quotidiano, rituais de entrada e saída da situação de abuso.

Maioritariamente, como não existem indícios físicos de uma situação abusiva, o conhecimento da mesma só acontece quando a vítima revela, o que pode demorar anos a acontecer.

⁷⁵ Furniss citado por Catarina Ribeiro, *Ob. Cit.*, p. 56, 57 e 58.

⁷⁶ Vd. Celina Manita, *Ob. Cit.*, p. 241 a 244.

⁷⁷ Acórdão do TRE, de 15/3/2011, pelo Juiz relator Fernando Ribeiro Cardoso, transcrevendo Summit 1983, “(...) as palavras (ou os sinais) da criança não são valorizados ou considerados verdadeiros, quer porque perante as consequências da revelação para a estrutura familiar, para si própria ou para o abusador, a criança sente que não têm alternativa a não ser desmentir o que tinha afirmado”.

TÍTULO II

O impacto que o Processo Judicial pode ter na criança

O envolvimento no processo judicial pode agravar o impacto do abuso ou mesmo ter um efeito traumático mais acentuado do que a vitimação primária.

Doenner e Lab, em 1998, defendem que as vítimas enfrentam uma dupla vitimação, distinguindo vitimação criminal ou vitimação primária, resultante do ato ilícito, e vitimação secundária derivada da participação no sistema judicial⁷⁸.

A vitimação secundária pode resultar tanto da morosidade dos processos como das confrontações com o ofensor e/ou tribunal, como também dos inúmeros exames a que a vítima é sujeita.⁷⁹ Ou seja, o processo judicial tanto pode ajudar a vítima na sua recuperação como traumatizá-la através da vitimação secundária.

Segundo Catarina Ribeiro e Celina Manita existem duas vias de intervenção legal junto das vítimas: a intervenção da justiça criminal e a intervenção da justiça protetiva⁸⁰. A intervenção da justiça criminal atua sobre a investigação dos factos enquanto a intervenção da justiça protetiva assegura a proteção dos direitos da criança e a promoção do seu bem-estar. Estas duas intervenções complementam-se, pois são ambas necessárias, uma vez que a intervenção da justiça preventiva vem reforçar e melhorar a intervenção da justiça criminal.

⁷⁸ Citado por Catarina Ribeiro e Celina Manita, *Ob. Cit.*, p. 52.

⁷⁹ Rui Abrunhosa Gonçalves e Carla Machado, in *Abuso sexual de menores: intervenção nas vítimas e nos agressores*, Revista do MP, Abril-Junho 2006, Ano 27, nº 106, p. 27.

⁸⁰ Catarina Ribeiro e Celina Manita, *Ob. Cit.*, p. 54.

As intervenções na vítima podem ser a curto-prazo ou uma intervenção terapêutica mais prolongada, que depende sempre do caso em concreto.

O sistema judicial tem bastantes dificuldades em lidar e se moldar às situações que envolvem crimes contra crianças, tendo uma dificuldade acrescida quando se trata de casos de vítimas de abuso sexual. Podendo ser bastante invasivo no caso de abuso sexual intrafamiliar, isto porque a criança é retirada do seu seio familiar e colocada numa instituição originando um sentimento de castigo na criança.

TÍTULO III

A Prova Testemunhal

A prova testemunhal é uma das provas mais importantes senão a mais importante de todo o processo judicial principalmente quando não há evidências físicas do abuso no exame físico e/ou inexistência de um perfil psicológico de criança abusada⁸¹.

Contudo, persistem problemas derivados da prova testemunhal, tais como o facto de não haver uma abordagem adequada à idade da vítima; preparação para inquirição da criança e o impacto negativo que pode ter a participação da criança no sistema judicial.

Assim, quando se tem como interveniente uma criança, existem vários aspetos que se devem ter em conta.

Uma investigação levada a cabo por Cashmore e Bussey⁸², em 1996, revela que os juristas têm dificuldade em perceber o conteúdo do discurso da criança e em valorizá-lo em termos probatórios.

De acordo com Ana Sacau⁸³, deve-se distinguir entre a competência e a credibilidade de um depoimento realizado por uma criança. A competência para a realização de um depoimento é “a capacidade da criança elaborar um discurso ajustado á

⁸¹ Acórdão do TRE, de 15/3/2011, com o Juiz Relator Fernando Ribeiro Cardoso, “Nas situações de abuso sexual de crianças, por força das circunstâncias, a prova é particularmente difícil, na medida em que escasseia a prova direta, e, regra geral, só tem conhecimento da maioria dos factos o arguido e a vítima. Por vezes até a prova pericial é realizada tardiamente quando já não existem vestígios do abuso”.

⁸² Catarina Ribeiro e Celina Manita, *Ob. Cit.*, p. 59.

⁸³ Ana Sacau, “Prova por declarações da vítima menor de idade: as especiais exigências de proteção da vítima e a descoberta da verdade”, *Revista do MP*, Abril-Junho 2007, Ano 28, nº 110, p. 318.

realidade”, enquanto a credibilidade é a “intenção da criança em elaborar um depoimento falso”⁸⁴.

Arce e Fariña⁸⁵ defendem dois momentos de ponderação sobre as declarações prestadas pelas crianças: a validade e a veracidade. As declarações têm de passar no exame da validade para se proceder ao da veracidade. Caso não passem na validade o processo dá-se como encerrado.

Estudos realizados revelam que são praticamente inexistentes os depoimentos falsos realizados por crianças. No entanto, revelam também que no âmbito de separações e divórcios litigiosos essa taxa pode aumentar devido à síndrome de alienação parental⁸⁶.

A síndrome de alienação parental é uma teoria elaborada em 1985 por Richard Gardner, que consiste na ideia de que há manipulação da criança por um dos progenitores contra o outro de forma a afastá-lo. Nos Tribunais portugueses leva a que muitas das guardas sejam alteradas a favor do progenitor que está a ser “prejudicado” pela síndrome de alienação parental⁸⁷.

Não concordamos com a teoria da alienação parental, pois põe em causa a veracidade dos depoimentos das crianças, que na maioria dos casos alegam serem vítimas de abuso sexual por parte desse progenitor que supostamente está a ser “prejudicado” pela manipulação efetuada pelo outro progenitor sobre a criança.

⁸⁴IDEM, *Ibidem*, p. 318.

⁸⁵ Arce e Fariña citados por Carla Machado, Sónia Caridade e Carla Antunes, “Avaliação Psicológica de vítimas e abuso sexual”, in *Manual de Psicologia Forense, contextos práticas e desafios*, Psiquilibrios Edições, Coleção psicologia da justiça, 2011, p. 102 ss.

⁸⁶ Ana Sacau, *Ob. Cit.*, p. 319.

⁸⁷ “Os estudos de Gardner têm contribuído para que as alegações de abuso sexual, nos processos de regulação das responsabilidades parentais, se presumam falsas e para diabolizar a figura da mãe que pretende proteger os seus filhos”. Clara Sottomayor, “Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família”, in *Revista Julgar*, Janeiro-Abril 2011, nº 13, p. 86

A SAP não tem qualquer tipo de validade científica nem é reconhecida como doença pela Associação de Psiquiatria Americana nem pela Organização Mundial de Saúde⁸⁸.

Não podemos estabelecer como princípio que a criança não tem capacidade ou não tem credibilidade para realizar um depoimento totalmente verdadeiro, pois isso levaria a uma descrença generalizada nas crianças⁸⁹. Um estudo elaborado por Melton⁹⁰, em 1992, revela que as crianças não têm tendência para mentir. Celina Manita refere que um jovem até aos 10, 12 anos, dificilmente consegue manter um falso abuso principalmente depois de entrevistado e avaliado por um especialista na área⁹¹.

Quando uma criança está a prestar um depoimento, a linguagem deve ser adaptada à idade da criança para uma melhor compreensão e para que não lhe seja induzida uma resposta que pode deitar tudo a perder em julgamento⁹². Isto porque as crianças têm tendência para responder aos pedidos e exigências dos adultos⁹³. Deve-se estabelecer um clima de confiança entre o entrevistador e a criança. Não podemos esquecer que as crianças têm elevadas competências testemunhais e comunicacionais.

⁸⁸ IDEM, *Ibidem*, p. 78.

⁸⁹ Ana Sacau, *Ob. Cit.*, p. 320.

⁹⁰ Melton citado por Catarina Ribeiro e Celina Manita, *Ob. Cit.*, p. 59

⁹¹ Celina Manita, *Ob. Cit.*, p. 249.

⁹² Acórdão do TRE, de 15/3/2011, com o Juiz Relator Fernando Ribeiro Cardoso, “As crianças que foram vítimas de abuso sexual, à semelhança do que se passa com os adultos, têm muitas vezes grande relutância em relatar acontecimentos embaraçosos, traumáticos, ou que, por motivo de ameaças, tenham receio de revelar, embora se possam lembrar muito bem deles”, “É normal a vítima revelar grandes inibições em relatar os factos, quer pelo esforço que, certamente, fez ao longo do tempo para arredar da memória os abusos de que foi vítima, quer pelas reações emocionais que a sua memória lhe provocava, quer pelo prejuízo que dos mesmos resulta para a sua autoimagem”.

⁹³ IDEM, *Ibidem*, “No abuso sexual real, as contradições no relato existem porque a vítima se sente cansada de ser obrigada a repetir os mesmos factos a pessoas diferentes, quer a esquecer o ocorrido, mas é obrigada a lembrar todas as vezes que se encontra em contexto de acusação”, “Assim, os erros de intrusão não devem ser interpretados como uma evidência de contaminação do relato, mas sim como uma consequência normal da experiência de acontecimentos repetidos (...)”.

Outro aspeto bastante importante que se deve ter em conta quando se faz um interrogatório a uma criança é o hiato temporal decorrido entre a prática do facto e o seu depoimento⁹⁴.

Ao longo do tempo a criança vai esquecendo pormenores que podem ser imprescindíveis para um bom depoimento em tribunal. Ou, por vezes, introduz informação nova que é adquirida após a prática do facto, seja por informação que lhe é dada, seja por suposições dela ou de outras pessoas⁹⁵. Há uma tendência para o preenchimento desses detalhes que foram esquecidos com conhecimentos posteriores.

Segundo Manzanero, Bruck, Ceci e Hembrooke⁹⁶, em 1996, a inclusão da informação errada provocada pela primeira entrevista pode fazer com que essa informação se torne real na memória da criança. Isto porque para as crianças mais novas há uma linha ténue que distingue a realidade da fantasia.

A prestação de depoimento de uma criança deve ter requisitos apertados para que não haja a contaminação do mesmo.

⁹⁴ Ana Sacau, *Ob. Cit.*, p. 321.

⁹⁵ IDEM, *Ibidem*.

⁹⁶ Manzanero, Bruck, Ceci e Hembrooke citados por Ana Sacau, *Ob. Cit.*, p. 321.

CAPÍTULO VI

A INTERVENÇÃO PSICOLÓGICA NA VÍTIMA E NO JOVEM AGRESSOR

O abuso sexual tanto pode deixar lesões físicas como psicológicas na vítima, sendo estas últimas as mais frequentes, visto que nem sempre existem evidências físicas de abuso.

Relativamente às lesões físicas, estas podem ser de inúmeras espécies, e podem ocorrer sem que haja recurso à violência ou sem contacto com a vítima⁹⁷. Quanto às lesões psicológicas, o abuso sexual tem um grande impacto emocional na vítima, principalmente quando estamos a falar de vítimas que são crianças e, quando são abusadas por pessoas de que gostam e em quem confiam. Porém, existem vítimas que não manifestam sintomas de que foram vítimas de abusos, chamando-se vítimas assintomáticas⁹⁸. E vítimas em que os sintomas se manifestam mais tarde, podendo demorar anos, tratando-se de “*sleeperefect*”⁹⁹.

Assim, as lesões psicológicas do abuso sexual variam de pessoa para pessoa e dependem da forma como foi efetuado o abuso. Segundo Celina Manita “O impacto traumático do abuso sexual, (...) será tanto maior, quanto mais precoce tiver sido o seu início, duração e frequência do abuso, quanto maior o grau de violência envolvida, como o uso da força ou de coação/ameaça emocional ou psicológica em relação ao próprio ou a terceiro, maior será o impacto do abuso, co-ocorrência de abuso físico e sexual, ocorrência de múltiplos abusos por múltiplos abusadores, tentativas de revelação mal sucedidas, o grau de segredo estabelecido entre ofensor e vítima, ausência de figuras de vinculação positivas e protetores que, de alguma forma, compensem o impacto da ação e da presença do ofensor”¹⁰⁰.

⁹⁷ Catarina Ribeiro in *A criança na justiça*, Ob. Cit. p. 60.

⁹⁸ IDEM, *Ibidem*, p. 61 e 62.

⁹⁹ Saywitz citado por Catarina Ribeiro, Ob. Cit., p. 61 e 62.

¹⁰⁰ Celina Manita, Ob. Cit., p. 237 e 238.

As vítimas tanto podem ser do sexo masculino como do sexo feminino, e podem ser de qualquer idade. Porém, os estudos revelam que há uma maior incidência de abusos sobre as crianças do sexo feminino do que sobre as crianças do sexo masculino¹⁰¹.

Existe a indicação de vários fatores que, apesar de não serem causa direta dos abusos, verificam-se em grande número de casos, como por exemplo, o facto de haver problemas na família, quer conjugais, quer relacionado com o consumo de álcool e drogas¹⁰².

Comparando com os casos anteriormente analisados, no caso I nada nos é indicado relativamente ao estado físico ou psíquico do menor J, focam-se apenas na culpabilidade do agressor. Relativamente ao caso II é indicado que Sara sofreu lesões físicas, nomeadamente laceração incompleta do hímen, e que Sara e Cristina sofreram lesões psicológicas, pois ficaram nervosas, envergonhadas, tristes e atemorizadas com o sucedido, tendo sido aconselhadas pelo Tribunal a serem ajudadas em consultas de pedopsiquiatria. E no caso III José sofreu lesões físicas, tais como fortes dores, lesões e ferimentos na zona da região do ânus e sofreu lesões psicológicas, pois o seu comportamento alterou-se, baixou o rendimento escolar, tornou-se numa criança nervosa, irrequieta, retraída, triste e atemorizada.

A Unidade de Psicologia da Justiça da Universidade do Minho proporciona o atendimento a vítimas de crimes e a agressores¹⁰³. Na intervenção às vítimas tem como objetivo primordial a interrupção da situação de vitimação ou do ciclo de violência, assegurar a segurança da vítima, prevenir novos ataques e planear a segurança da mesma¹⁰⁴.

¹⁰¹ Um estudo de Freeman, em 2000, revelou que o abuso sexual atinge uma em cada sete crianças do sexo masculino e uma em cada quatro crianças do sexo feminino. Clara Sottomayor in “Direitos das crianças vítimas de crime violentos”, *Ob. Cit.* p. 16.

¹⁰² Vd. análise crítica ao caso III.

¹⁰³ Rui Abrunhosa Gonçalves e Carla Machado, *Ob. Cit.*, p. 25.

¹⁰⁴ IDEM, *Ibidem*, p. 25 e 26.

Na avaliação psicológica da vítima são feitas entrevistas tanto à criança como aos pais ou tutores legais da criança. Primordialmente, é feita uma entrevista aos pais da criança, sendo posteriormente feita à criança. A avaliação será feita através de três entrevistas de forma a não ser uma abordagem muito invasiva para a criança. Na primeira entrevista apenas se pretende avaliar o desenvolvimento e a credibilidade da criança. A segunda entrevista já incide sobre factos relacionados com o abuso, com a utilização de figuras tipo girino para perceber onde a criança foi tocada. E, por último, na terceira entrevista procede-se ao questionamento da criança para compreensão dos factos, com a utilização de bonecas para a criança demonstrar o que realmente aconteceu¹⁰⁵.

Uma questão que deverá ser abordada é a de saber se as vítimas se podem tornar agressores sexuais¹⁰⁶. Inúmeros estudos revelam que grande parte dos agressores sexuais fora vítimas de abuso sexual em criança¹⁰⁷. Todavia, convém frisar que nem todas as vítimas de abuso sexual se tornam agressores sexuais e nem todos os ofensores sexuais foram vítimas de abuso sexual na infância. Isto significa que, apesar dos inúmeros estudos efetuados sobre esta questão, não podemos generalizar ou partir deste princípio.

Atualmente, existem, na nossa sociedade, alguns mitos relativamente ao perfil do agente que comete o crime de abuso sexual.

Normalmente, associa-se o perfil de um abusador sexual a uma pessoa estranha, do sexo masculino, com idade avançada, ou doente mental¹⁰⁸, o que está claramente errada. Não quer dizer que este perfil de pessoas não possa cometer um crime sexual, no entanto, o

¹⁰⁵ Carla Machado, Sónia Caridade e Carla Antunes, *Ob. Cit.*, p. 94 a 102.

¹⁰⁶ Vd. Acórdão do TRP, de 17/12/2008, com o Juiz Relator Melo Lima.

¹⁰⁷ Um estudo elaborado por Favero, em 2003, revela que uma criança abusada sexualmente agride posteriormente outras crianças como forma de tentar resolver danos que resultaram da sua má experiência. Noutro estudo elaborado por Marshall e Dhawan, em 1996, verificou-se que 58% dos ofensores sexuais foram vítimas de abuso sexual na infância. Worling realizou um estudo em 1995, que revelou que a maioria dos adolescentes que cometeram crimes sexuais contra crianças do sexo masculino (75%) foram vítimas de abusos na infância. Sandra Viera e Rui Abrunhosa Gonçalves, in “Da vitimação à perpetração nos crimes sexuais”, *Revista do MP*, Julho-Setembro, 2008, Ano 29, nº 115, p. 146, 151, e 154.

¹⁰⁸ Catarina Ribeiro, *Ob. Cit.*, p. 53 e 54.

que os estudos e as estatísticas indicam é que será uma pessoa próxima da vítima, podendo ser do sexo masculino ou feminino¹⁰⁹, e podendo ser de qualquer idade, como se evidencia ao longo desta tese.

Diferentemente da avaliação psicológica da vítima, na avaliação psicológica do jovem ofensor são feitas duas sessões com o ofensor e duas sessões com os pais ou tutores legais, tendo esta avaliação como fim a reabilitação do delinquente¹¹⁰.

O êxito da terapia realizada ao ofensor sexual depende primordialmente da admissão sincera da culpa do facto e de um programa bem estruturado¹¹¹.

Como podemos verificar, a abordagem na avaliação psicológica da vítima é bem diferente da abordagem na avaliação psicológica do agressor. Na avaliação psicológica da vítima o objetivo é compreender o que realmente aconteceu, de uma forma não invasiva, para não traumatizar ainda mais a vítima, posteriormente, ajudando-a a superar o trauma. Enquanto na avaliação psicológica do agressor o objetivo é reabilitar o delinquente de acordo com os valores da sociedade.

¹⁰⁹ Em Portugal, as estatísticas revelam que 97,9% dos arguidos na criminalidade sexual são do sexo masculino – Fonte de segurança interna em 2010. Clara Sottomayor in *Direitos das crianças vítimas de crime violentos*, Ob. Cit., p. 16 e 17.

¹¹⁰ Rui Abrunhosa Gonçalves, Teresa Braga, in “Avaliação psicológica de jovens ofensores”, *Manual de Psicologia Forense: Contextos, práticas e desafios*, Ob. Cit., p. 272.

¹¹¹ Rui Abrunhosa Gonçalves e Carla Machado, Ob. Cit., p. 36.

CONCLUSÃO

Os crimes sexuais foram alvo de várias alterações, ganhando cada vez mais importância na sociedade, passando de crimes contra a sociedade e a ordem moral para verdadeiros crimes contra as pessoas.

Com esta tese procuramos analisar os crimes sexuais cometidos por menores e contra menores, de forma a focar a atenção neste problema, que ainda é pouco discutido. Isto porque são poucas as denúncias e os casos que chegam efetivamente a Tribunal, complicando-se ainda mais quando estamos perante abusos sexuais intrafamiliares, onde se verifica uma tendência para encobrir ou desvalorizar a situação.

Estando a analisar crimes onde o agente do crime é menor, as consequências não são as mesmas como se trata-se de um adulto. Assim, tratando-se de um ilícito criminal, é-lhes aplicável a LTE.

Esta tese focou-se principalmente na análise da distinção entre o que é considerado um comportamento sexual normal e saudável entre menores e o que é considerado um comportamento sexual abusivo entre menores. Para isso tivemos em conta uma série de critérios como o da idade; da subordinação ou paridade; e do desenvolvimento cognitivo-afetivo, de forma a perceber se estamos perante atos experimentais de iniciação sexual consentida e querida por ambas as partes ou se estamos perante um comportamento sexualmente abusivo, caracterizado pela manipulação e por relações de subordinação.

No caso I, não tivemos qualquer dúvida de que estávamos perante um crime de abuso sexual de crianças p.p. pelo art. 171º, nº 2 do CP, isto porque, analisando os vários critérios, nunca poderíamos estar perante jogos sexuais de iniciação compatíveis com as suas idades. Portanto, tratava-se de um comportamento sexual abusivo e não de um comportamento sexual normal.

Já no caso II tivemos algumas dúvidas em saber se o menor tinha efetivamente cometido os três crimes de abuso sexual de crianças, uma vez que, apesar da pouca diferença de idades, temos dúvidas sobre se existe ou não uma diferença significativa no desenvolvimento cognitivo-afetivo do menor agressor em relação às vítimas e se existiu ou não uma relação de subordinação, nomeadamente manipulação por parte do mesmo para que estas acessem na prática de tais atos.

Finalmente, no caso III considerámos que estamos perante um crime de violação p. e p. pelo art. 164º, nº 1, al. a) do CP, uma vez que há a verificação de meios de constrangimento, nomeadamente violência e ameaça. E portanto, não se põe aqui em causa a questão de saber se estamos perante um comportamento sexualmente abusivo ou um comportamento sexual normal.

Analisámos, também, que o impacto do processo judicial pode agravar o efeito traumático na vítima, pois o sistema judicial tem dificuldades em lidar com situações que envolvem crimes contra crianças, principalmente quando se trata de casos de vítimas de abuso sexual. Assim como, verificámos que existem problemas derivados da prova testemunhal, tais como o facto de não haver uma abordagem adequada à idade da vítima, e uma boa preparação para a inquirição da criança.

Centramos a nossa investigação em bibliografia tanto portuguesa como americana, uma vez que este tema é mais desenvolvido nos EUA, de forma a poder transmitir uma ideia mais pormenorizada deste tema que é ainda pouco discutido.

FONTE E BIBLIOGRAFIA

FONTE COMPUTADORIZADA

INTERNET

Carvalho, Luís Augusto Rodrigues de *Abuso sexual de menores, distrito de Bragança, Estudo Médico-legal*, Tese de Mestrado em Medicina-legal, Instituto de Ciências Biomédicas Abel Salazar, Un. Porto, 2002, in http://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/9812/5/4520_TM_01_P.pdf.

Cristina Camões, in *Violência Sexual em Menores*, o portal dos psicólogos, <http://www.psicologia.pt/artigos/textos/ao245.pdf>, pág. 2.

Imagem 1 – Capa

https://www.google.pt/search?q=abuso+sexual+entre+menores&client=firefox-a&hs=3XN&rls=org.mozilla:en-US:official&channel=sb&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ei=3NSEU97_Cq_NsQSToIDACA&ved=0CAgQ_AUoAQ&biw=1916&bih=861#facrc=_&imgdii=_&imgsrc=Dgk5ke32P_rkIM%253A%3BqwD6oh0XjefAUM%3Bhttp%253A%252F%252Fwww.bocaonews.com.br%252Fckfinder%252Fuserfiles%252Fimages%252Finterior%252Fabuso-sexual-infantil%255B1%255D.jpg%3Bhttp%253A%252F%252Ftribunadeibicarai.blogspot.com%252F2012_04_22_archive.html%3B470%3B307

ACÓRDÃOS

Acórdão do TRC de 5/6/2013, com Juiz Relator Maria Pilar Oliveira, <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/8f60bbad90f0a3c080257b91003cf81b?OpenDocument&Highlight=0,ABUSO,SEXUAL,PRATICADO,POR,MENORES>

Acórdão do TRC de 24/4/2013, com Juiz Relator Belmiro Andrade, <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/8578108a85e0acb480257b640052e98f?OpenDocument&Highlight=0,ABUSO,SEXUAL,PRATICADO,POR,MENORES>

Acórdão do TRC de 2/2/2011, com Juiz Relator Belmiro Andrade, <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/744b720695f1bf3b802578420040a949?OpenDocument&Highlight=0,ABUSO,SEXUAL,PRATICADO,POR,MENORES>

Acórdão do TRE de 15/3/2011 com Juiz Relator Fernando Ribeiro Cardoso, <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/04a5045ea0f2692a80257a29005b82e0?OpenDocument&Highlight=0,ABUSO,SEXUAL,PRATICADO,POR,MENORES>

Acórdão do TRG de 28/9/2009 com Juiz Relator Anselmo Lopes, <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/dadecf32c97476bd8025764e00459af0?OpenDocument&Highlight=0,ABUSO,SEXUAL,PRATICADO,POR,MENORES>

Acórdão do TRG de 2/2/2009 com Juiz Relator Teresa Baltazar, <http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/3c9fc03930197deb8025757700578e5e?OpenDocument&Highlight=0,ABUSO,SEXUAL,PRATICADO,POR,MENORES>

Acórdão do TRG de 12/4/2010 com Juiz Relator Cruz Bucho,
<http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/a90ffde2e271be380257718004ea706?OpenDocument&Highlight=0,ABUSO,SEXUAL,PRATICADO,POR,MENORES>

Acórdão do TRL de 2/12/2004 com Juiz Relator Cid Geraldo,
<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/893b1d796c80b08e80256ff8003a01fc?OpenDocument&Highlight=0,ABUSO,SEXUAL,PRATICADO,POR,MENORES>

Acórdão do TRP de 28/11/2012 com Juiz Relator Maria Leonor Esteves,
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/f5e51a1b85528e9680257ad3004005bb?OpenDocument&Highlight=0,ABUSO,SEXUAL,PRATICADO,POR,MENORES>

Acórdão do TRP de 7/10/2009 com Juiz Relator Joaquim Gomes,
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/9240dae4dbfd94778025765600454bfl?OpenDocument&Highlight=0,ABUSO,SEXUAL,PRATICADO,POR,MENORES>

Acórdão do TRP de 21/6/2006 com Juiz Relator Guerra Banha,
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/7e4c77f318932a168025719c004f85bb?OpenDocument&Highlight=0,ABUSO,SEXUAL,PRATICADO,POR,MENORES>

Acórdão do TRP de 26/11/2003 com Juiz Relator Conceição Gomes,
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/acd4355a6a93642780256df90033d112?OpenDocument&Highlight=0,ABUSO,SEXUAL,PRATICADO,POR,MENORES>

Acórdão do TRP de 18/12/2002 com Juiz Relator Jorge Arcanjo,
<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/537155d898713b3e802>

56ce5003fa5ec?OpenDocument&Highlight=0,ABUSO,SEXUAL,PRATICADO,POR,ME NORES

Acórdão do TRP de 17/12/2008 com Juiz Relator Melo Lima, <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/28cc69edb30d846880257530003ea9e4?OpenDocument&Highlight=0,ABUSO,SEXUAL,PRATICADO,POR,ME NORES>

Acórdão do TRP de 22/5/2013 com Juiz Relator Elsa Paixão, <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/ff19ffd58241274780257b8e004c6851?OpenDocument&Highlight=0,ABUSO,SEXUAL,DE,CRIAN%C3%87AS,MEDIDA,TUTELAR>

Acórdão do TRP de 13/4/2011 com Juiz Relator Eduarda Lobo, <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/1c550c3ad22da86d80257886004fd6b4?OpenDocument&Highlight=0,ABUSO,SEXUAL,PRATICADO,POR,ME NORES>

Acórdão do TRP de 12/4/2000 com Juiz Relator Barros Moreira, <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/fabb20253ef436498025690a004b0b09?OpenDocument&Highlight=0,ABUSO,SEXUAL,PRATICADO,POR,ME NORES>

BIBLIOGRAFIA

Albuquerque, Paulo Pinto de - *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, UCP, 2008.

Alexandrino, José de Melo – *Os direitos das crianças*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 68, 2008.

Alfaiate, Ana Rita – *A relevância pena da sexualidade dos menores*, Coimbra Editora.

Antunes, Maria João - Crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual de menores, Julgar, Setembro – Dezembro, nº 12, Coimbra Editora, 2010.

Barbaree, Howard E.; Marshall, William L. - *The Juvenile Sex Offender*, The Guilford Press, 2006.

Barroso, Ricardo G.; Manita, Celina; Nobre, Paulo - *Violência sexual juvenil: conceptualização, caracterização e prevalência*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Julho-Setembro 2011, Ano 21, nº 3, Coimbra Editora.

Bottoms, Bette L.; Najdowski, Cynthia J.; Goodman, Gail S. – *Children as victims, witnesses and offenders*, Psychological science and the law, The Guildford Press.

Baurmann, Michael – *Adolescence Sexuality and the Criminal law*, Multidisciplinary perspective, The Haworth Press, 2004.

Braga, Teresa; Matos, Marlene – *Crimes sexuais: Agravantes e Atenuantes na determinação da pena*, Revista CEJ, 2º Semestre 2007, nº 7.

Brito, Ana - *Notas da Teoria Geral da Infração na prática judiciária da perseguição dos crimes sexuais com vítimas menores de idade*, Revista CEJ, 1º Semestre 2011, nº 15.

Canha, Jeni – *Criança Maltratada: o papel de um pessoa de referência na sua recuperação, estudo prospetivo de 5 anos*, 2ª Ed., Coimbra: quarteto, 2003.

Carmo, Rui do; Alberto, Isabel; Guerra, Paulo - *O abuso sexual de menores, uma conversa sobre justiça entre o direito e a psicologia*, Almedina, 2002.

Carmo, Rui do – *Declarações para memória futura, Crianças vítimas de crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual*, Revista do MP, 134, Abril – Junho 2013.

Carvalho, Filipa Daniela Ramos de – *A (Síndrome de) Alienação Parental e o exercício das responsabilidades parentais: Algumas considerações*, 1ª Ed., Coimbra Editora, 2011.

Cunha, Conceição - *Breve reflexão acerca do tratamento jurídico-penal do incesto*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 12, nº 3, 2002.

Cunha, Conceição - *Crimes sexuais contra jovens e crianças*, Cuidar da Justiça de Crianças E Jovens, A função dos Juízes Socaís, Actas do Encontro, Almedina, 2003.

Cunha, Conceição - *Conceito de violência no crime de violação, acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Abril de 2011*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 21, nº 3, Julho-Setembro de 2011.

Dias, Jorge de Figueiredo - *Comentário Conimbricense do Código Penal – Parte Especial*, Tomo II, Coimbra Editora.

Dias, Maria do Carmo - *Crimes sexuais com adolescentes, Particularidades dos artigos 174 e 175 do Código Penal Português*, Almedina, 2006.

Dias, Maria do Carmo - *Notas substantivas sobre crimes sexuais com vítimas menores de idade*, Revista CEJ, 1º Semestre 2011, nº 15.

Feitor, Sandra Inês Ferreira – *A Síndrome de Alienação Parental e o seu tratamento à luz do Direito de Menores*, 1ª Ed., Coimbra Editora, 2012.

Ferrão, Fernando de Abranches – *A sedução no crime de estupro: e a pena aplicável aos menores de 18 anos*, Lisboa: gráfica Lisbonense.

Gonçalves, Manuel Lopes Maia – *Código Penal Português, Anotado e Comentado*, 17ª Ed., Almedina, 2005.

Gonçalves, Rui Abrunhosa; Machado, Carla - *Abuso sexual de menores: intervenção nas vítimas e nos agressores*, Revisto do MP, Abril – Junho 2006, Ano 27, nº 106.

Gonçalves, Rui Abrunhosa; Machado, Carla; Matos, Marlene - *Manual de Psicologia Forense, contextos práticas e desafios*, Psiquilibrios Edições, Coleção psicologia da justiça, 2011.

Gonçalves, Rui Abrunhosa; Machado, Carla – *Violência e Vitimas de Crimes*, Vol. 2 – Crianças.

Gonçalves, Rui Abrunhosa; Viera, Sandra - *Da vitimação à perpetração nos crimes sexuais*, Revista do MP, Julho-Setembro, 2008, Ano 29, nº 115.

Holmes, Ronald M.; Holmes, Stephen T. – *The Self-Reported Behaviors of Juvenile Sexual Offenders, Current Perspectives on Sex Crimes*, University of Central Florida, Sage Publications, 2002.

Hudson, Stephen M.; Ward, Tony - *Adolescent Sexual Offenders: Assessment and Treatment Handbook of offender assessment and treatment*, Handbook of offender assessment and treatment, Jonh Wiley e Sons, LTD, 2001.

Leal-Henriques, Manuel de Oliveira; Simas, Manuel José Carrilho de - *Código Penal Anotado*, II Vol..

Leite, Inês Ferreira – *A tutela Penal da Liberdade Sexual*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Janeiro - Março 2011, Ano 21, nº 1.

Lyon, Christina, *Child Abuse*, 3ª Ed. – Bristol: Family Law, cop. 2003.

Magalhães, Teresa – *Violência e Abuso*, Estado de Arte, Imprensa da Universidade de Coimbra.

Magalhães, Teresa – *Abuso de Crianças e Jovens: da suspeita ao diagnóstico*, Lisboa: Lidel, cop. 2010.

Magalhães, Teresa; Gamboa, Maria José; Neto, Maia – *Maus tratos em crianças e jovens: Guia prático para profissionais*, 4ª Ed., Coimbra: Quarteto, 2005.

Manita, Celina - *Quando as portas do medo se abrem... do impacto psicológico ao(s) testemunho(s) de crianças vítimas de abuso sexual*, Cuidar da Justiça de Crianças e Jovens, A função dos Juizes Sociais, Actas do Encontro, Almedina, 2003.

Marshall, William L.; Fernandez, Yolanda M.; Marshall, Liam E.; Serran, Geris A. - *Sexual Offender Treatment, Controversial Issues*, Wiley & Sons, 2006.

Neves, Sofia – *Intervenção psicológica e social com vítimas*, Vol. I, Crianças, Almedina, 2012.

O'Reilly, Gary; Marshall, William L.; Carr, Alan; Beckett, Richard C. - *The Handbook Of Clinical Intervention with young people who sexually abuse*, Brunner-Routledge, 2004.

Pinto, Michele; Namora, Paulo - *Abuso sexual entre menores – um crime praticado por e contra menores* de 21/11/2008.

Quinsey, Vernon L.; Harris, Grant T.; Rice, Marnie E.; Cormier, Catherine A. – *Sex Offenders, Violent Offenders, Appraising and Managing Risk*, American Psychological Association, Washington DC, 1999.

Ribeiro, Catarina - *A criança na Justiça, Trajetórias e significados do processo judicial de crianças vítimas de abuso sexual intrafamiliar*, Almedina, Coleção Psicologia, Maio 2009.

Ribeiro, Catarina; Manita, Celina - *Crianças vítimas de abuso sexual intra-familiar: significados do envolvimento no processo judicial e do papel dos magistrados*, Revista do MP, Abril - Junho 2007, Ano 28, nº 110.

Rodrigues, Anabela Miranda; Fonseca, António Carlos Duarte - *Comentário da Lei Tutelar Educativa*, Coimbra Editora, 2003.

Rich, Phil – *Juvenile Sexual Offenders: A comprehensive Guide to Risk Evaluation*, Wiley & Sons, 2009.

Ryan, Gail; Leversee, Tom F.; Lane, Sandy – *Juvenile Sexual Offending: Causes, Consequences and Correction*, 3ª Ed., John Wiley & Sons, 2010.

Sacau, Ana - *Prova por declarações da vítima menor de idade: as especiais exigências de proteção da vítima e a descoberta da verdade*, Revista do MP, Abril - Junho 2007, Ano 28, nº 110.

Sani, Ana Isabel – *As crianças e a violência: narrativas de crianças vítimas e testemunhas de crimes*, Coimbra: quarteto, 2002.

Sottomayor, Maria Clara - *Direito das crianças vítimas de crimes violentos*, Intervenção psicológica e social com as vítimas, Vol. I – Crianças, Coord. Sofia Neves, Almedina, 2012.

Sottomayor, Maria Clara - *O conceito legal de violação: um contributo para a doutrina penalista a propósito do acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13 de Abril de 2011*, in Revista do MP, Outubro – Dezembro 2011, I28.

Sottomayor, Maria Clara - *Uma análise crítica da síndrome de alienação parental e os riscos da sua utilização nos tribunais de família*, Revista Julgar, Janeiro - Abril 2011, nº 13.

Veiga, António Miguel – *Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores de idade vítimas de crimes sexuais*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Janeiro – Março 2009, Ano 19, nº 1.

Villerbu, Loick – *Infância e adolescências irregulares, o tempo das sanções*, Revista CEJ, 1º Semestre 2006, nº 4.

ANEXOS

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa

Processo: 9699/2004-9

Relator: CID GERALDO

Descritores: ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS

MENOR

MEDIDA TUTELAR

Nº do Documento: RL

Data do Acórdão: 02-12-2004

Votação: UNANIMIDADE

Texto Integral: S

Privacidade: 1

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: PROVIDO

Sumário:

Decisão Texto Integral: Acordam na 9.ª Secção Criminal do Tribunal da Relação de Lisboa

1. – O Ministério Público requereu a abertura da fase jurisdicional do processo tutelar educativo, referentes ao menor (R), imputando-lhe factos que, na sua perspectiva, integravam um crime continuado de abuso sexual de criança, p. e p. pelo art. 172º nº2 do Código Penal e um crime continuado de ameaças p. e p. pelo art. 153º, nº1 do mesmo diploma legal e requereu que fosse aplicado ao menor as medidas tutelares educativas de obrigação de frequência de consultas de pedopsiquiatria e obrigação de frequência de estabelecimento escolar com assiduidade e aproveitamento.

Procedeu-se à realização da audiência preliminar, finda a qual, foi proferida decisão que não aplicou ao menor (R) medida tutelar educativa, concluindo que o menor não praticou o crime continuado de abuso sexual de criança e o crime continuado de ameaça, determinando o arquivamento dos autos.

O Digno Magistrado do MºPº inconformado, recorreu da decisão, concluindo na sua motivação que:

§ A Lei Tutelar Educativa é aplicável aos menores com idade compreendida entre os doze e os dezasseis anos (art. 1º da Lei Tutelar Educativa nº166/99, de 14, 09) que pratiquem factos qualificados pela lei penal como crime.

§ O Tribunal a quo deu como provados factos integradores do ilícito penal p. e p. pelo art. 172º , nº2 do Código Penal.

§ O menor (R) tinha 13 anos à data da prática de tais factos integradores do referido ilícito p. no art. 172º do Código de Processo Penal.

§ O normativo p. no art. 172º, nº2 do Código Penal, estabelece apenas o limite temporal de 14 anos no que à vítima concerne.

§ Não se encontra consagrado na Lei tutelar Educativa qualquer excepção ao princípio consagrado no art. 1º, e nomeadamente nos casos em que os menores pratiquem factos qualificados pela lei penal como crime de natureza sexual.

§ Deu ainda o Tribunal como provado que o menor denota dificuldade na aquisição dos valores jurídico-sociais e tem dificuldade em lidar de forma positiva com aspectos relacionados com a sexualidade.

§ O menor (R) apresenta necessidades de educação para o direito.

§ Face aos elementos dados como provados não poderia o Tribunal a quo deixar de subsumir a conduta do menor (R) no normativo p. no art. 172º, nº2 do Código Penal e atenta a necessidade de educação para o direito manifestado pelo menor à data da prática do facto e no presente, e aplicar-lhe medida tutelar educativa que se mostre mais adequada

à situação do menor e que lhe permita adquirir competências e contribua para o fortalecimento de condições psicobiológicas necessárias ao desenvolvimento integral da sua personalidade e sexualidade.

§ Não o tendo feito, violou o disposto no art. 172º, nº 2 do Código Penal; art. 1º, 4º, nº 1, a) f), art. 14º, nº1 ai. a) e nº 2 ai. c), todos da Lei Tutelar Educativa.

§ Pelo exposto, deve ser dado provimento ao presente recurso, revogando-se a decisão recorrida, declarando-se cometido pelo menor o facto qualificado como crime p. e p. pelo art. 172º, nº2 do Código Penal, e consequentemente se aplique ao mesmo a medida tutelar educativa que se mostre mais adequada à situação do menor e que lhe permita adquirir competências e contribua para o fortalecimento de condições psicobiológicas necessárias ao desenvolvimento integral da sua personalidade e sexualidade.

Neste Tribunal, o Exmo. Procurador Geral Adjunto concordou com as motivações do recurso interposto.

Colhidos os vistos legais, cumpre apreciar e decidir.

2. – Como é sabido o âmbito do recurso delimita-se pelas conclusões extraídas pelo recorrente da respectiva motivação.

E, nas conclusões do recurso o recorrente insurge-se contra a decisão recorrida porquanto, só um lamentável erro de apreciação permitiu considerar que o menor não praticou facto susceptível de integrar o crime p. no art. 172º, nº2 do Código Penal e determinar o arquivamento dos autos, sem aplicar ao menor (R) medida tutelar educativa.

Vejamos:

O Tribunal a quo deu como provada a seguinte matéria de facto:

- Em data e hora não apuradas do ano de 2002 (antes de 6 de Outubro) o menor (R) estava a brincar nas traseiras da "Peixaria ..." (num recanto ali existente) situada na Rua ..., em Corroios com o menor (J) e outros menores;

- No momento e no local indicados o menor (R) disse ao menor (J) nascido a 05.10.1995) para este "lhe fazer um broche ";
- O menor (R) retirou das cuecas o pénis erecto e introduziu o seu pénis erecto na boca do menor (J).
- O menor (J) chupou de seguida o pénis do menor (R).
- O menor (R) sabia que o menor (J) tinha menos de doze anos de idade e actuou de forma livre, com o propósito de praticar os factos " supra descritos";
- O menor (R) tem maior compleição física do que o menor (J);
- O menor (R) frequenta o 6º ano de escolaridade e tem beneficiado de acompanhamento psicológico no Hospital Garcia de Orta;
- O menor (R) vive na companhia dos pais;
- A mãe do menor exerce a profissão de auxiliar de acção educativa;
- O pai do menor tem a profissão de carpinteiro de estores e está, no presente, desempregado.
- O menor denota dificuldade na aquisição dos valores jurídico-sociais e tem dificuldade em lidar de forma positiva com aspectos relacionados com a sexualidade.

Não se provou:

- Que o menor (R) tivesse pedido ao menor (O) e ao menor (P) para ficarem a vigiar;
- Que os factos apurados sob 2,3 e 4 tivessem ocorrido mais de uma vez;
- Que o menor (R) tivesse dito ao menor (J) que lhe bateria se este não praticasse os factos acima indicados sob 4;
- Que o menor (J) tivesse receio que o menor (R) lhe batesse, por ser mais velho e ter maior compleição física;

- Que o recanto onde ocorreram os factos fosse de difícil visibilidade exterior;
- Que o menor (R) soubesse a idade exacta do menor (J).

Da matéria dada como provada, não resultam factos que integrem a prática do crime de ameaças, e nisto concorda o Digno recorrente.

Porém, entendemos, tal como o recorrente, que outro tanto não se poderá dizer, relativamente ao crime, p. e p. pelo art. 172º , nº 2 do Código Penal.

Perante a matéria factual dada como assente é incontestável que estamos perante a prática de um facto integrador do ilícito penal , p. no art. 172º , nº2 do Código Penal.

Assim não o entendeu o tribunal a quo, por considerar que constitui elemento do tipo (art. 172º do Código Penal) que o menor ofendido tenha menos de 14 anos e que o menor sujeito do processo deverá ter completado 14 anos, sob pena de ocorrer confusão entre menor ofendido e menor sujeito do processo e que o ilícito penal em apreço ao não efectuar distinções entre menores de 12 anos e menores de 14 anos, não se pode entender que os menores de treze anos pratiquem factos qualificados pela lei penal como crime de abuso sexual de criança, pelo que, que tendo o menor (R) à data dos factos 13 anos de idade, não praticou factos que integram um crime de abuso sexual de criança.

Porém, e tal como entende o Digno recorrente, só um lamentável erro de apreciação em que incorreu o Tribunal a quo, permitiu considerar que o menor não praticou facto susceptível de integrar o crime p. no art. 172º, nº2 do Código Penal e determinar o arquivamento dos autos, sem aplicar ao menor (R) medida tutelar educativa.

A Lei Tutelar Educativa é clara ao prever a aplicação de medida tutelar educativa aos menores com idade compreendida entre os doze e os dezasseis anos (art. 1º da Lei Tutelar Educativa nº166/99, de 14, 09) que pratiquem factos qualificados pela lei penal como crime, por se entender que se torna necessário responsabilizar o menor pelo dano social provocado, mostrando-lhe que essa conduta não é tolerada pela sociedade em que se insere, educando-o para o direito, de forma a que a sua personalidade em formação interiorize o respeito pelas normas e valores fundamentais da sociedade em que se integra.

Porém, e porque a sua personalidade está em formação, a prática de um facto ilícito tipificado na lei penal não determina necessariamente a aplicação de medida tutelar educativa, porque o fim da intervenção tutelar é a educação do menor para o direito e a sua inserção, de forma digna e responsável na vida em comunidade, e não o seu sancionamento ou punição pela prática do facto ilícito penal, pelo que, e apesar do menor cometer facto qualificado pela lei penal como crime, não implica necessariamente que lhe seja aplicada medida tutelar educativa, por se concluir pela desnecessidade de correcção da sua personalidade no plano do dever-ser jurídico manifestada na prática do facto, importando ponderar se o facto concretamente praticado pelo menor é ou não susceptível de um desvalor objectivo, pelo menos análogo ao que é vertido na incriminação típica, e se aquele facto concreto praticado pelo menor com idade inferior a 16 anos, detém o mesmo significado ético social da facto incriminado pelo tipo legal.

Assim, a aplicação de medida tutelar educativa só seja legítima desde que verificados cumulativamente os seguintes pressupostos

- O menor cometa facto ilícito tipificado na lei penal como crime;
- Necessidade de correcção da sua personalidade no plano do dever ser jurídico manifestada na prática do facto;
- E que essa necessidade subsista no momento da decisão de aplicação de medida.

Ora verifica-se que o Menor (R) tinha à data da prática dos factos 13 anos de idade e o menor (J) tinha 6 anos à data da prática dos factos.

O bem jurídico protegido no crime de abuso sexual de criança do art. 172º do Código Penal é o da autodeterminação sexual, mas num particular prisma qual seja de evitar que certas condutas de natureza sexual, em consideração da pouca idade da vítima mesmo sem coacção, possam prejudicar gravemente o livre desenvolvimento da sua personalidade, dentro de bem jurídico mais amplo da auto conformação da vida e da prática sexual da pessoa – Ac. STJ de 7 de Dezembro de 1999, proc. 530/99 3ª SASTJ , nº36, 59.

O Tribunal a quo refere que só um menor agente, para os efeitos da Lei Tutelar Educativa, com 14 anos de idade, já feitos, poderá praticar este crime, sob pena de se assim se não entender poder haver confusão entre vítima e agente, dando como exemplo uma situação entre menor agente e vítima ambos de doze anos.

Tal comparação, porém, constitui uma falácia.

Na verdade, o legislador ao contemplar a idade da vítima dos 0 aos 14 anos pretendeu proteger os menores que ainda não têm capacidade e discernimento necessários para uma livre e esclarecida decisão no que concerne ao relacionamento sexual.

No caso em apreço, a diferença de idades entre o menor ofendido e o menor agente do processo tutelar educativo é pelo menos de seis anos entre um e outro.

Não existe qualquer possibilidade face às circunstâncias em que ocorreram os factos e perante os factos dados como provados, e bem assim face à superioridade da compleição física do menor agente, que aponte estarmos perante uma experiência de iniciação sexual, em que não se possa distinguir a vítima do agente e em que possa haver confusão entre estes dois papéis como pretende o Tribunal a quo.

Como bem salienta o Digno Magistrado do M^oP^o, a aceitar-se tal interpretação, poderíamos ser confrontados com situações chocantes, se imaginarmos um menor vítima de três anos e um agente de 13 anos

Não pode pois aceitar-se a interpretação seguida pelo Tribunal a quo de que um menor de doze anos não pode cometer factos qualificados como crime p. e p. no art. 172º do Código Penal.

Não existe qualquer restrição no âmbito de aplicação deste normativo no que respeita à idade do menor agente e abrangido pela Lei Tutelar Educativa (menor com idade compreendida entre 12 a 16 anos).

Por outro lado, não resultou dos factos dados como provados que ao menor não lhe deveria ser aplicada medida tutelar educativa, por resultar inequivocamente que o menor (R) tinha

conhecimento que o menor (J) tinha idade inferior à sua; que em data anterior a 6 de Outubro 2002 o menor (R) estava a brincar nas traseiras da "Peixaria Bom Isco" (num recanto ali existente) situada na Rua da Casa do Povo, em Corroios com o menor (J) e outros menores; no momento e no local indicados o menor (R) disse ao menor (J) (nascido a 05.10.1995) para este "lhe fazer um broche "; o menor (R) retirou das cuecas o pénis erecto e introduziu o seu pénis erecto na boca do menor (J); o menor (J) chupou de seguida o pénis do menor (R); dando ainda como provado que o menor (R) sabia que o menor (J) tinha menos de doze anos de idade e que actuou de forma livre, com o propósito de praticar os factos e que o menor (R) tem maior compleição física do que o menor (J). Deu ainda o Tribunal como provado que o menor denota dificuldade na aquisição dos valores jurídico-sociais e tem dificuldade em lidar de forma positiva com aspectos relacionados com a sexualidade.

Assim, e face aos elementos dados como provados não poderia o Tribunal a quo deixar de subsumir a conduta do menor (R) no normativo p. no art. 172º, nº2 do Código Penal e atenta a necessidade de educação para o direito manifestado pelo menor à data da prática do facto e no presente, aplicar-lhe medida tutelar educativa requerida ou outra que se mostrasse mais adequada à sua situação actual.

3. – Pelo exposto, decide-se conceder provimento ao recurso e, consequentemente, revoga-se a decisão recorrida, que deverá ser substituída por outra que, declarando ter sido cometido pelo menor o facto qualificado como crime p. e p. pelo art. 172º, nº2 do Código Penal, aplique ao mesmo a medida tutelar educativa que se mostre mais adequada à situação.

Sem tributação.

Lisboa, 2 de Dezembro de 2004

Cid Geraldo

Trigo Mesquita

Maria da Luz